

MARTIN BOROWSKI*

Derechos absolutos y proporcionalidad**

Absolute Rights and Proportionality***

RESUMEN

Ciertos derechos son comúnmente considerados absolutos en *sensu stricto*. Esto significa que tales derechos no podrían estar sujetos ni a limitaciones ni al análisis de proporcionalidad. De acuerdo con una opinión generalmente aceptada u ortodoxa, se caracteriza como derechos absolutos a derechos tales como los contenidos en los artículos 3 y 4 (1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o los derechos contenidos en los artículos 1, 4 y 5 (1) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Voy a plantear, contra esta opinión, que los derechos fundamentales comúnmente considerados absolutos no son absolutos en *sensu stricto*. Por el contrario, postularé que el análisis de proporcionalidad, normalmente empleado en otros contextos, también puede ser de utilidad aquí. ¿Por qué? El mérito de reconstruir estos derechos en términos del análisis de proporcionalidad radica en la explicación que ella proporciona, a saber, la explicación del porqué estos derechos poseen, para todos los sentidos y propósitos, un estatus “absoluto”. Así pues, el carácter dogmático, por no decir *a priori*, de los derechos absolutos *sensu stricto*, nos da un entendimiento de estos derechos en términos de la propia maquinaria conceptual del análisis de proporcionalidad normalmente empleado en otros contextos.

PALABRAS CLAVE

Derechos absolutos, proporcionalidad, ponderación, certeza empírica, abso-
lutez relativa, dignidad humana, tortura.

* Profesor titular de la cátedra de Derecho público, teoría constitucional y filosofía del derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Karl-Ruprecht de Heidelberg (Alemania). Correo de contacto: borowski@jurs.uni-heidelberg.de.

** Recibido el 16 de diciembre del 2019, aprobado el 31 de agosto del 2020.

Para citar el artículo: Derechos absolutos y proporcionalidad. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 48, enero-abril de 2021, 297-339.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.11>

*** Texto original en inglés en: BOROWSKI M, Absolute Rights and Proportionality, *German Yearbook of International Law* 56 (2013), pp. 385-423. Traducción de Jorge Alexander Portocarrero Quispe, doctor en Derecho por la Christian-Albrecht-Universität zu Kiel, Alemania; investigador García Pelayo del CEPC de España; Fellow de la Fundación Alexander von Humboldt. ORCID: 0000-0003-3964-5642. Correo de contacto: jorge.portocarrero@cepc.es

ABSTRACT

Certain rights are commonly regarded as absolute *sensu stricto*, that is to say, they lend themselves neither to limitation nor to proportionality analysis. Following the received opinion, absolute *sensu stricto* characterises rights found in Articles 3 and 4 (1) European Convention on Human Rights, articles 1, 4 and 5 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union. I shall argue, to the contrary, that the basic rights commonly regarded as absolute are not absolute *sensu stricto*. Rather, proportionality analysis that is employed elsewhere can and should be used here, too. Why so? The merit of a reconstruction of these rights in terms of proportionality analysis is the explanation that it provides, namely, why it is that these rights enjoy, for all intents and purposes, an “absolute” standing. Thus, the dogmatic, not to say a priori character of absolute rights *sensu stricto* yields to an understanding of these rights in terms of the very machinery used elsewhere in proportionality analysis.

KEYWORDS

Absolute rights, proportionality, balancing, empirical certainty, relative absoluteness, human dignity, torture

SUMARIO

I. Introducción. II. Proporcionalidad y derechos: III. La concepción ortodoxa sobre los derechos absolutos. A. Las características de los derechos absolutos. B. ¿Cómo identificar derechos absolutos? 1. ¿Derechos absolutos como derechos inderogables? 2. ¿Derechos absolutos como carentes de cláusula limitadora? 3. Características sustantivas. IV. Problemas de la concepción ortodoxa sobre los derechos absolutos. A. La colisión entre derechos absolutos. B. La prioridad absoluta de los derechos absolutos por sobre derechos relativos contrapuestos. C. El estrecho ámbito de protección de los derechos absolutos *sensu stricto*. V. El esbozo de una lectura relativa de los “derechos absolutos”. VI. Debates orientados por el resultado versus indagaciones estructurales sobre “derechos absolutos”. A. Debates orientados por el resultado. B. Análisis de la estructura de los “derechos absolutos”. VII. La absolutez relativa de los “derechos absolutos” como proporcionalidad. A. El peso abstracto de los derechos. B. La creciente resistencia de los derechos a la desproporcionalidad. C. La certeza de las premisas empíricas relevantes. 1. El derribo de aviones de pasajeros, la dignidad humana, y el TFC alemán. 2. Sobre la irrelevancia de los casos hipotéticos o artificiosos. VIII. Sobre los límites absolutos a la ponderación. IX. El caso *Gäfgen* revisado. X. Desvinculando proporcionalidad y limitación. A. La “relatividad” del artículo 3 del CEDH en la jurisprudencia del TEDH. B. El modelo de Alexy sobre la estructura de la dignidad humana - Análisis de proporcionalidad implícito. XI. Conclusión. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez más constitucionalistas consideran a la doctrina de la proporcionalidad un factor crucial en la evaluación de reivindicaciones basadas en derechos fundamentales. Sin embargo, se nos dice que algunos de esos derechos son absolutos y, por tanto, no son susceptibles de ser sometidos al análisis de proporcionalidad. ¿Es esta una posición defendible? En lo personal, tengo mis dudas respecto a esto, y por ello voy a sostener que el aparente “carácter absoluto” de estos derechos puede –y debe– conciliarse con la doctrina de la proporcionalidad. Ello equivale a decir que estos derechos pueden ser reconstruidos en términos de la ponderación, la cual, a su vez, se basa en los postulados de la doctrina de la proporcionalidad. Ciertamente, en circunstancias prácticas, las propiedades estructurales de la ponderación, conjuntamente con ciertas reglas fundamentales referidas a la asignación de pesos a principios contrapuestos, darán lugar a una propiedad que denominaremos “absolutesz”. Sin embargo, si dicha “absolutesz”, así entendida, se deriva de la ponderación conforme a la doctrina de la proporcionalidad, entonces podría denominarse a esta propiedad más adecuadamente como “absolutesz relativa”. La alternativa a esto, el denominar a esta propiedad como “absolutesz total”, podría reflejar una completa negación de la ponderación. Esta lectura “relativa” de los derechos absolutos no proporciona menos protección que la lectura asociada a los “derechos absolutos” –y, en mi opinión, lo hace de manera más convincente que la lectura tradicional, ya que evita los problemas y paradojas que han asolado la concepción tradicional de los derechos absolutos por mucho tiempo.

Argumentaré, en nueve secciones, a favor de una lectura relativa de los “derechos absolutos”, a saber: comienzo, en la sección II, con un esbozo sobre el papel que el análisis de proporcionalidad desempeña generalmente en la valoración y resolución de reivindicaciones basadas en derechos fundamentales. A continuación, en la sección III, abordaré la concepción ortodoxa de “derechos absolutos”: ¿qué derechos son comúnmente considerados absolutos, y qué características estructurales se les atribuyen? Luego, en la sección IV, explicaré los problemas generados por las características estructurales de los derechos absolutos *sensu stricto*. Luego de presentar un esbozo de una lectura relativa de los derechos absolutos en la sección V, pregunto, en la sección VI, ¿en qué tipo de debates se suele plantear la cuestión de una lectura relativa? En la sección VII desarrollo una explicación más detallada del fenómeno de la absolutesz relativa como proporcionalidad. En la sección VIII continúo mi exposición planteando la cuestión de si todo es relativo o si existen limitaciones deontológicas para la ponderación derivadas de la prohibición de usar a otros como medio para alcanzar un fin. Para ilustrar la lectura relativa de los “derechos absolutos”, reexamino, en la sección IX, el caso *Gäfgen*. Por último, en la sección X analizo la cuestión de si la idea de proporcionalidad

y la idea de limitación pueden y deben desasociarse. Aquí, desempeñan un papel importante tanto la “relatividad” del ámbito de protección del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el Convenio o CEDH)¹, así como la reconstrucción hecha por Robert Alexy de la dignidad humana conforme al artículo 1 (1), (2) de la Ley Fundamental Alemana².

II. PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS

El análisis de proporcionalidad se considera en general como un factor central en la protección de los derechos humanos. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH), la aplicación de los derechos del Convenio implica, por regla general, al análisis de proporcionalidad. Esto es aplicable, en primer lugar, a los derechos con cláusula limitadora escrita que contengan la expresión “necesario en una sociedad democrática”, artículos 8 (2), 9 (2), 10 (2), y 11 (2) CEDH³. La proporcionalidad también se ha convertido en un criterio clave en la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia en temas referidos a derechos fundamentales⁴, además de encontrarse incorporada expresamente en la Carta Fundamental de Derechos de la Unión Europea (la Carta o CDFUE)⁵ en el artículo 52 (1) cl. 2. Además, el análisis de proporcionalidad ha demostrado su valía en la reivindicación de derechos constitucionales en muchos sistemas jurídicos nacionales⁶. Más allá de los derechos fundamentales o constitucionales, el análisis de proporcionalidad también está desempeñando un papel central en la promoción de las libertades de

1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, ETS n.º 5 (CEDH).

2 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). 23 de mayo de 1949, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1949, I, enmendada el 11 de julio de 2012, BGBl. I, 1478.

3 Cfr., por ejemplo, HARRIS, DAVID *et al.* Law of the European Convention on Human Rights. 2.^a ed. 2009, pp. 349-359; WHITE, ROBIN, OVEY, CLARE. The European Convention on Human Rights. 5.^a ed. 2010, pp. 325-332.

4 Cfr., por ejemplo, CRAIG, PAUL, DE BURCA, GRAINNE. EU Law. 5.^a ed. 2011, pp. 529-530 *et passim*.

5 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 7 de diciembre del 2000, OJ 2000 C 364, 1 (CDFUE).

6 Sobre la proporcionalidad en la evaluación de reivindicaciones basadas en derechos fundamentales cfr. en general ALEXY, ROBERT. A Theory of Constitutional Rights. 2002, pp. 66-69 *et passim*. Sobre la expansión internacional de la proporcionalidad cfr. BEATTY, DAVID M. The Ultimate Rule of Law. 2004; STONE SWEET, ALEC, MATHEWS, JUD. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. Columbia Journal of Transnational Law 47. 2008-2009, 72, pp. 112-160; ambos con mayores referencias. Cfr. también KUMM, MATTIAS. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and the Limits of the Proportionality Requirement. En: PAVLAKOS, GEORGE (ed.). Law, Rights, and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. 2007. pp. 131-132.

mercado en la legislación de la Unión Europea⁷ y en las libertades establecidas en el marco de la Organización Mundial de Comercio⁸. Recientemente Alec Sweet Stone y Jud Mathews caracterizaron a la expansión internacional de la proporcionalidad, desarrollada originalmente en Alemania⁹, de la siguiente manera: “A finales de la década de los noventa, prácticamente todo sistema de justicia constitucional en funcionamiento en el mundo, con la excepción parcial de los Estados Unidos, había adoptado los postulados básicos” del análisis de proporcionalidad¹⁰. Si bien es cierto que los estándares sustantivos del control de constitucionalidad (*constitutional review*) en los Estados Unidos tienen su propia historia¹¹, es posible afirmar, en cierta medida, que la jurisdicción constitucional de los Estados Unidos, también, adopta algunos elementos de la “ponderación”. Esta cuestión, conjuntamente con la pregunta sobre en qué medida estos elementos pueden ser concebidos como partes derivadas de la doctrina de la proporcionalidad, constituye hoy en día el objeto de un intenso debate¹².

7 CRAIG, PAUL, DE BURCA, GRAINNE. Op. cit., p. 668 *et passim*.

8 Cfr. STONE SWEET, ALEC, MATHEWS, JUD. Op. cit., pp. 153-160 con referencias adicionales.

9 La primera manifestación concreta de la proporcionalidad se encuentra en el derecho de policía prusiano del siglo XVIII, cfr. REMMERT, BARBARA. *Verfassungs und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*. Heidelberg: 1995, p. 140 *et seq.* Sin embargo, la Ley Fundamental, la Constitución alemana de 1949, no recoge la proporcionalidad en ninguna de sus disposiciones de manera explícita. Intentos tempranos dirigidos a entender a la proporcionalidad como una exigencia de la Ley Fundamental incluyen los artículos seminales de KRÜGER, HERBERT. *Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 65. 1950, pp. 625-628; DÜRIG, GÜNTER. *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 81. 1956, p. 117, p. 146. En los inicios de la década de los sesentas, Peter Lerche afirmaba que la proporcionalidad constituía un criterio general ampliamente aceptado derivado de la Ley Fundamental, cfr. LERCHE, PETER. *Übermaß und Verfassungsrecht*. 1961, p. 350 *et passim*. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se puede encontrar, sobre la proporcionalidad, dos líneas de razonamiento. Primero, la proporcionalidad es concebida como un componente integrante del principio de Estado de Derecho (*Rechtsstaatsprinzip*), Tribunal Constitucional Federal (TFC) (*Bundesverfassungsgericht*), BVerfGE 17, 306, 313-314; 23, 127, 133-134; 27, 1, 8; 30, 250, 263; 35, 382, 400; 38, 348, 368; 49, 24, 58; 61, 126, 134; 69, 1, 35; 76, 256, 359; 80, 109, 120; 92, 277, 325. Segundo, se deduce que el Tribunal considera que se deriva de la “naturaleza” (*aus dem Wesen*) de los derechos fundamentales, *id.*, BVerfGE 19, 342, 348-349; 61, 126, 134; 65, 1, 44; 76, 1, 50; 77, 308, 334. Los orígenes germanos de la proporcionalidad son a menudo mencionados en la literatura anglosajona contemporánea, cfr. STONE SWEET, ALEC, MATHEWS, JUD. Op. cit., pp. 98-112; COHEN-ELIYA, MOSHE, PORAT, IDDO. *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, *International Journal of Constitutional Law* 8. 2010, p. 263, pp. 271-276. Para una perspectiva desde el derecho de la Unión Europea cfr. CRAIG, PAUL, DE BURCA, GRAINNE. Op. cit., p. 526: “más desarrollado dentro del derecho alemán”.

10 STONE SWEET, ALEC, MATHEWS, JUD. Op. cit., p. 75.

11 Sobre la historia de la “ponderación” en el derecho constitucional norteamericano cfr. en particular ALEINIKOFF, T. ALEXANDER. *Constitutional Law in the Age of Balancing*, *Yale Law Journal* 96. 1986/1987, p. 943, pp. 948-972; COHEN-ELIYA, MOSHE, PORAT, IDDO. Op. cit., pp. 276-284.

12 Cfr., por ejemplo, COHEN-ELIYA, MOSHE, PORAT, IDDO. Op. cit., pp. 266-286.

La proporcionalidad es comúnmente empleada como un criterio substantivo para justificar una interferencia en un derecho fundamental¹³, por ejemplo, un derecho contenido en el Convenio, un derecho fundamental, o un derecho constitucional¹⁴. Siguiendo el modelo estándar de la estructura de los derechos fundamentales¹⁵, la valoración de las reivindicaciones basadas en derechos fundamentales se realiza en tres etapas. En la primera etapa tiene que evaluarse si la acción o comportamiento del titular del derecho fundamental objeto de interferencia cae dentro del ámbito de protección de dicho derecho. Si este es el caso, se pasa a revisar si quien ha interferido en el derecho fundamental es una autoridad pública. Si la respuesta a esta cuestión es afirmativa, cabe entonces preguntarse si la interferencia o limitación que sufre este derecho fundamental está justificada. Por lo general, existen criterios formales y sustantivos para tal justificación. Los criterios formales se refieren a la forma de la interferencia o limitación. Por ejemplo, podría exigirse que la interferencia sea, o esté legitimada por, un estatuto o ley parlamentaria. Un criterio formal de justificación típico es la cláusula “previstas por ley” como es el caso de los artículos 9 (2), 10 (2), 11 (2) del CEDH¹⁶. Los criterios sustantivos, por su parte, se refieren al contenido sustantivo de la interferencia o limitación: por ejemplo, ¿es excesiva la interferencia o limitación debido a que es desproporcionada? Para los derechos del Convenio Europeo, la exigencia substantiva de proporcionalidad se establece mediante la expresión “necesario en una sociedad democrática”, en, por ejemplo, los artículos 8 (2), 9 (2), 10 (2) y 11 (2) del CEDH. La Carta contiene una cláusula general limitadora en el artículo 52 (1) cl. 2 CDFUE que exige explícitamente la proporcionalidad y, en caso no existan disposiciones explícitas, la exigencia de proporcionalidad se muestra como firmemente arraigada en la jurisprudencia de los tribunales.

La proporcionalidad en sentido amplio comprende tres criterios¹⁷. El criterio de *idoneidad* exige que el Estado persiga un fin legítimo, y que los

13 En lo subsiguiente voy a emplear, por motivos de simplicidad, la expresión “derechos fundamentales” como un término genérico que denota “derechos constitucionales”, “derechos del Convenio”, “derechos humanos fundamentales” y otros similares.

14 Esto quiere decir que la proporcionalidad es empleada como exigencia para la limitación de derechos. Para una reconstrucción de derechos, en la cual proporcionalidad y limitación están separadas, cfr. *infra*, x.

15 Respecto a esta estructura estándar de los derechos del Convenio (CEDH), la cual se refleja en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cfr. por ejemplo HARRIS, DAVID *et al.* Op. cit., pp. 341-342. Cfr. además GERARDS, JANNEKE, SENDEN, HANNEKE. The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 7. 2009, p. 619. Cfr., en general, ALEXY, ROBERT. Op. cit., pp. 178-200.

16 Cfr., por ejemplo, JANIS, MARK, KAY, RICHARD, BRADLEY, ANTHONY. *European Human Rights Law*. 2.^a ed., 2000, pp. 213-217; WHITE, ROBIN, OVEY, CLARE. Op. cit., pp. 312-315; HARRIS, DAVID *et al.* Op. cit., pp. 344-348.

17 ALEXY, ROBERT. Op. cit., pp. 66-69; CRAIG, PAUL, DE BURCA. Op. cit., p. 526; COHEN-ELIYA, MOSHE, PORAT, IDDO. Op. cit., p. 267. Algunos consideran al “fin legítimo” un requisito independiente antes que parte integral del análisis de idoneidad, lo cual da lugar a una estructura

medios sean adecuados para alcanzar o por lo menos promover ese fin. Los fines ilegítimos están excluidos desde el principio; ellos no son una base capaz de justificar interferencias o limitaciones en derechos fundamentales. Por ejemplo, la “salud pública”, conforme al artículo 9 (2) CEDH, es un fin legítimo capaz de justificar interferencias o limitaciones a la libertad de religión y conciencia, artículo 9 (1) CEDH. La aplicación del criterio de *necesidad* exige que los medios representen el menor efecto restrictivo posible. Es decir, que no existan otros medios alternativos que restrinjan en una menor medida los derechos individuales, pero que promuevan el fin por lo menos tan bien como los medios adoptados por el Estado. Finalmente, el criterio de *proporcionalidad en sentido estricto* exige que la interferencia o limitación en los derechos individuales y la promoción del fin legítimo de la autoridad pública se encuentren en una relación de ponderación. Si la interferencia en la primera sobrepasa la importancia de promover al segundo, la interferencia será considerada desproporcionada¹⁸. Aunque algunos casos pueden ser resueltos recurriendo sólo a la primera y a la segunda etapa del análisis de proporcionalidad, la exigencia de ponderación en la tercera etapa constituye el núcleo del análisis de proporcionalidad. La proporcionalidad es idéntica, o por lo menos muy similar, a la idea de concordancia práctica (*praktische Konkordanz*), tal y como fue desarrollada por Konrad Hesse, un jurista muy influyente en el derecho constitucional y juez en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TFC)¹⁹.

de cuatro etapas: fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cfr., por ejemplo, STONE SWEET, ALEC, MATHEWS, JUD. Op. cit., p. 76; FORDHAM, MICHAEL, DE LA MARE, THOMAS. Identifying the Principles of Proportionality, in: JOWELL, JEFFREY, COOPER, JONATHAN (eds.), *Understanding Human Rights Principles*. 2001, pp. 27-28. Esto, sin embargo, representa simplemente una conceptualización diferente de un mismo grupo de exigencias.

18 Según la definición común de la proporcionalidad en sentido estricto, una interferencia se considera desproporcionada sólo si la interferencia en el derecho supera la importancia de promover el fin legítimo perseguido por las autoridades públicas. Sin embargo, no exige que la promoción del fin legítimo perseguido por las autoridades públicas supere la interferencia en el derecho. Hay casos en los que la ponderación lleva a un empate –tampoco se puede decir que la interferencia en el derecho supera la importancia de promover el fin perseguido por la autoridad pública o viceversa–. Sobre tales casos cfr. ALEXY, ROBERT. Op. cit., Postscript, pp. 408-414. La definición común concede el beneficio de la duda a la autoridad pública. Es necesario resaltar que la cuestión sobre cuál de los lados goza del beneficio de la duda es una cuestión substantiva antes que una de carácter estructural.

19 Cfr. HESSE, KONRAD. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20.^a ed., 1995, p. 28. En su caracterización de la concordancia práctica, Hesse se refiere explícitamente a la proporcionalidad. Sobre el tema del parecido entre la proporcionalidad y la concordancia práctica cfr. STERN, KLAUS. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. vol. III/2, 1994, p. 625 et seq. Existen, sin embargo, intentos por justificar una distinción entre proporcionalidad y concordancia práctica, cfr. por ejemplo WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, ERNST. Grundrechte als Grundsatznormen. en: id (ed.), Staat, Verfassung, Demokratie. 2.^a ed. 1992, pp. 159 y 184. Esto depende de si la concordancia práctica requiere una optimización que vaya más allá de la proporcionalidad; sin embargo, esta cuestión no será abordada aquí en lo subsiguiente.

El siguiente caso hipotético puede ayudarnos a ilustrar la aplicación del análisis de proporcionalidad a los derechos: John desea asistir a los servicios religiosos de su iglesia. Las autoridades, sin embargo, han prohibido temporalmente todo tipo de asambleas, ya que un tipo muy contagioso de gripe ha devenido en pandemia. ¿Puede reivindicar John válidamente su derecho de libertad religiosa conforme al artículo 9 del CEDH? El asistir a los servicios religiosos cuenta como una manifestación de religión y cae, por tanto, dentro del ámbito de protección de la libertad religiosa conforme al artículo 9 del CEDH. La prohibición impuesta por las autoridades públicas hace imposible que John pueda asistir a dichos servicios. Por tanto, ello representa una interferencia. La cláusula limitadora contenida en el artículo 9 (2) del CEDH faculta a las autoridades públicas para limitar el ejercicio de la libertad religiosa –en el lenguaje de la cláusula, “religión y creencias” personales–. Suponiendo que la prohibición está basada en una ley parlamentaria que explícitamente confiere a las autoridades responsables la facultad de imponer tal prohibición de asambleas a fin de evitar que la enfermedad se propague, la exigencia de justificación formal como “prevista por ley” se cumple. ¿Es la prohibición de reunión también “necesaria en una sociedad democrática”? Es decir, ¿es proporcionada en sentido amplio? Las autoridades persiguen el fin de impedir la propagación de la enfermedad. Esto es una manifestación de la “protección de [...] la salud” conforme al artículo 9 b (2) del CEDH, un fin legítimo. Dado que una enfermedad altamente contagiosa puede propagarse fácilmente entre las personas durante las asambleas, prohibir tales asambleas en efecto promueve el fin legítimo. Por tanto, la medida es *idónea* en el sentido de la proporcionalidad. Ningún otro medio menos restrictivo puede ocurrírseles; por tanto, la prohibición de tales asambleas también es *necesaria*. Finalmente, el interés de John en asistir a los servicios religiosos de su fe, tiene que ser ponderado conjuntamente con la protección de la salud pública lograda mediante la prohibición de los servicios religiosos *qua* asambleas. En vista que esta forma agresiva de gripe cobrará, con toda probabilidad, un número significativo de víctimas, y que el público en general también está expuesto al peligro, existe un argumento fuerte en favor de una prohibición temporal de las asambleas. En cambio, una prohibición temporal de los servicios religiosos a consecuencia de una prohibición general de todo tipo de asamblea representa sólo una interferencia moderada en el derecho a la libertad religiosa. Por tanto, el derecho a la libertad religiosa es superado por la preocupación de proteger la salud pública en el caso de John.

Un análisis detallado de la proporcionalidad y la ponderación, incluidas las diversas objeciones planteadas en su contra²⁰, supera el propósito de este

20 Críticos de la ponderación son HABERMAS, JÜRGEN. *Between Facts and Norms*. 1996, pp. 253-261; MÖLLER, KA. *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*. *International Journal of Constitutional Law* 5. 2007, p. 453, pp. 459-461; TSAKYRAKIS, STAVROS. *Proportionality:*

artículo. Bastará con hacer énfasis aquí sobre un par de cuestiones. Para empezar, la ponderación, conforme los postulados de la doctrina de la proporcionalidad, es un método de aplicación del derecho. No debe ser confundido con métodos subjetivistas o intuicionistas. Qué fines se consideran legítimos es una cuestión de interpretación jurídica, no una cuestión de prejuicios o preferencias personales. En respuesta a la “objeción de irracionalidad”, según la cual no existen “estándares racionales” para ponderar²¹, se debe distinguir entre un escepticismo radical y escepticismo moderado sobre la ponderación. Según el escepticismo radical, ningún tipo de juicio de ponderación puede ser justificado mediante argumento racional alguno, una tesis muy fuerte en efecto. Suponiendo, por ejemplo, que se pueda imponer la pena de muerte a quien pise nuestro césped, podríamos decir que, independientemente de las circunstancias, el derecho a la vida supera a nuestro interés en promover la preservación del césped. No diríamos que tal juicio es una cuestión de prejuicios o de opiniones personales, sino más bien que es un juicio objetivamente justificable. Mucho más razonable es el escepticismo moderado, que también podría llamarse optimismo moderado sobre la ponderación²². Según esta posición, “la ponderación no siempre conduce de manera racional a un resultado en todos los casos”, sino que lo hace en algunos, y “el tipo de estos casos es lo suficientemente interesante como para justificar a la ponderación como método”²³. Dado que existen casos difíciles, en los cuales se puede estar razonablemente en desacuerdo respecto al resultado de la ponderación, es crucial que cada juicio de ponderación esté justificado²⁴. La ponderación puede ser sometida a procesos deliberativos en varios niveles si se desea ofrecer justificaciones más detalladas; así por ejemplo podría ser sometida a procesos de deliberación a nivel del público en general, del gobierno, de la academia, y de las cortes en decisiones posteriores.

An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law* 7. 2009, pp. 468 y 490-493. Cfr., en general, SCHLINK, BERNHARD. *Abwägung im Verfassungsrecht*. 1976.

21 Cfr. HABERMAS, JÜRGEN. Op. cit., p. 259; SCHLINK, BERNHARD. Op. cit., pp. 134-191; SCHLINK, BERNHARD. *Grundrechte als Prinzipien?*, Osaka University Law Review 39. 2009, pp. 41, 55.

22 Sobre el escepticismo moderado u optimista respecto de la ponderación cfr. ALEXY, ROBERT. Op. cit., pp. 401-405; BOROWSKI, MARTIN. *Grundrechte als Prinzipien*. 2.^a ed., 2007, pp. 122-123. Un escepticismo más bien cauto respecto a la racionalidad de la ponderación como método de aplicación del derecho en ALEINIKOFF, T. ALEXANDER. Op. cit. pp. 972-979. Él considera que muchas de las justificaciones basadas en la ponderación ofrecidas por la *Supreme Court* son deficientes: “En gran medida, la ponderación se realiza dentro de una caja negra (*black box*)”: *ibid.*, p. 976. Y, media docena de páginas más tarde, *Aleinikoff* continúa: “Los problemas que plagan a la mayoría de opiniones basadas en ponderación, considero, han dañado severamente la credibilidad de dicha metodología”: *ibid.*, p. 982. Sin embargo, el hecho que un método no se practique bien no tiene por qué ir en contra del método en sí mismo.

23 ALEXY, ROBERT. Op. cit., pp. 401-402.

24 La importancia de la justificación de los juicios de ponderación es particularmente enfatizada por ALEINIKOFF, T. ALEXANDER. Op. cit., p. 976 *et passim*; y ALEXY, ROBERT. Op. cit., pp. 100-101.

En estos casos, en los que no puede establecerse objetivamente si un derecho supera a las razones limitadoras relevantes al caso concreto, no puede establecerse ninguna violación del derecho. Es generalmente aceptado que las cortes en el curso del análisis de proporcionalidad deben conferir un amplio margen de discrecionalidad decisoria a las autoridades públicas, en especial al parlamento legitimado democráticamente²⁵. Finalmente, cabe señalar que las críticas a la proporcionalidad no han avanzado en desarrollar un modelo alternativo serio.

El que la proporcionalidad desempeñe, por regla general, un papel clave en la reivindicación de derechos fundamentales, no significa, sin embargo, que la proporcionalidad desempeñe también un papel clave respecto a los derechos que suelen considerarse como absolutos. La concepción dominante, sin embargo, niega que este sea el caso. A diferencia de los derechos relativos, los derechos absolutos se consideran inmunes a toda limitación, y, en consecuencia, inmunes al análisis de proporcionalidad.

III. LA CONCEPCIÓN ORTODOXA SOBRE LOS DERECHOS ABSOLUTOS

Frecuentemente, cuando se hace referencia a los derechos absolutos, se asume que todos sabemos qué derechos son absolutos y cuáles no. Según una opinión muy generalizada, ejemplos paradigmáticos de derechos absolutos incluyen a la prohibición de la tortura, la prohibición de tratos o penas inhumanas o degradantes, conforme al artículo 3 del CEDH y el artículo 4 de la CDFUE, la prohibición de la esclavitud conforme al artículo 4 (1) del CEDH, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre conforme al artículo 5 (1) de la CDFUE y la dignidad humana conforme al artículo 1 CDFUE y conforme al artículo 1 (1), (2) de la Ley Fundamental alemana²⁶.

¿Qué es aquello que estos derechos tienen en común y por ende los separaría de los otros derechos?

25 Sobre discrecionalidad en la ponderación cfr. ALEX, ROBERT. Op. cit., pp. 394-425; RIVERS, JULIAN. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing, en: PAVLAKOS, GEORGE (ed.). Op. cit., p. 167.

26 Los derechos reconstruidos como absolutos en sentido estructural, en cuyo caso no son susceptibles de análisis de proporcionalidad ni de limitación alguna, serán denominados en adelante como “derechos absolutos en *sensu stricto*”. Por el contrario, los derechos contenidos en los Arts. 3 y 4 (1) del CEDH, arts. 1, 4 y 5 (1) de la CDFUE, y el art. 1 (1), (2) de la Ley Fundamental, serán denominados en adelante “derechos comúnmente considerados como absolutos”. Esta distinción es crucial, dado que la tesis principal de este ensayo puede ser resumida de la siguiente manera: los derechos fundamentales comúnmente considerados como absolutos, no son derechos absolutos en *sensu stricto*.

A. Las características de los derechos absolutos

La concepción ortodoxa sobre los derechos absolutos se basa en el hecho, y así es proclamado, de que no son susceptibles de ser sometidos a limitaciones, a la proporcionalidad, o a la ponderación. Las interferencias en derechos absolutos no pueden ser justificadas. Toda interferencia en un derecho absoluto cuenta como una violación²⁷. Por tanto, la proporcionalidad no jugaría rol alguno en tales casos²⁸. Esta concepción ha encontrado expresión, por ejemplo, en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso *Chahal*²⁹. Al caracterizar la protección conferida por la prohibición de la tortura conforme al artículo 3 del CEDH en un caso de extradición, el Tribunal afirmó que “no hay posibilidad de ponderar el riesgo de un trato vejatorio conjuntamente con las razones para la expulsión”³⁰. En el caso *Gäfgen*, el Tribunal refuerza el argumento de que la “naturaleza absoluta” del artículo 3 del CEDH “no admite excepción o factor justificante alguno ni ponderación de intereses”³¹. En la misma línea, la propia idea de que la proporcionalidad pudiese desempeñar un papel al momento de determinar la protección conferida por el artículo 3 del CEDH ha sido enfáticamente descartada en la literatura como un “giro equivocado”³².

B. ¿Cómo identificar derechos absolutos?

Ciertamente, se cree que las características estructurales de los derechos absolutos están claramente definidas. Menos clara, sin embargo, es la cuestión de identificar derechos absolutos con esta caracterización estructural. En resumen ¿qué derechos no son pasibles de ser sometidos ni a limitación ni a proporcionalidad ni a ponderación?

1. ¿Derechos absolutos como derechos inderogables?

A menudo se establece una conexión entre la naturaleza de los derechos absolutos y su cualidad de ser inderogables. En casos en los que el artículo 3 del CEDH es caracterizado como absoluto, se enfatiza frecuentemente que este derecho no está sujeto a derogación conforme al artículo 15 del CEDH³³.

27 Cfr., por ejemplo, HARRIS, DAVID *et al.* Op. cit., pp. 69-70.

28 Cfr., por ejemplo, WHITE, ROBIN, OVEY, CLARE, Op. cit. pp. 167-168.

29 TEDH, *Chahal v. The United Kingdom*, decisión del 15 de noviembre de 1996, Appl. n.º 22414/93 (1997), EHRR 413.

30 Ibid., par. 81.

31 Id., *Gäfgen v. Germany*, decisión del 1 de junio de 2010, Appl. n.º 22978/05, par. 107.

32 PALMER, STEPHANIE. *A Wrong Turning: Art. 3 ECHR and Proportionality*. Cambridge Law Journal 65, 2006, p. 438.

33 Cfr., por ejemplo, ADDO, MICHAEL K., GRIEF, NICHOLAS. Does Art. 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights? *European Journal of International Law*

Lo mismo se aplica al artículo 4 (1) del CEDH³⁴. Además, otra garantía que frecuentemente se considera absoluta se encuentra en la breve lista de los derechos inderogables del artículo 15, específicamente, la prohibición de la retroactividad en derecho penal conforme al artículo 7 del CEDH³⁵. La lista del artículo 15 del CEDH contiene, sin embargo, un cuarto derecho, el derecho a la vida conforme al artículo 2 del CEDH. Tradicionalmente, este derecho no ha sido considerado absoluto. El artículo 2 (1) cl. 1 del CEDH establece este derecho. El artículo 2 (1) cl. 2, sin embargo, faculta al Estado para imponer la pena de muerte³⁶, en tanto que el artículo 2 (2) faculta al Estado, en ciertas circunstancias, para privar de la vida a ciertos individuos en la medida en que ello sea “absolutamente necesario”: en defensa de una persona contra una agresión ilegítima (lit. a); para detener a una persona conforme a derecho (lit. b); para reprimir una revuelta o insurrección (lit. c). Ahora bien, la proporcionalidad es esencial para evaluar qué es aquello que es “absolutamente necesario”³⁷. Si la lista contenida en el artículo 15 del CEDH contiene un derecho que claramente no se considera absoluto, la cualidad de ser inderogable, conforme al artículo 15, no puede implicar la naturaleza absoluta del derecho.

Más allá del hecho que ni la Ley Fundamental alemana ni la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confiere facultades a las autoridades para derogar derechos en el sentido del artículo 15 del CEDH, el derecho a la vida, conforme al artículo 2 (2) de la Ley Fundamental y el artículo 2 (1) de la CDFUE, tampoco es considerado absoluto. El artículo 2 (2) de la Ley Fundamental contiene una cláusula limitadora específica, y el artículo 2 (1) de la CDFUE se encuentra sujeta a la cláusula limitadora general del artículo 52 (1) de la CDFUE³⁸.

9, 1998, p. 510, p. 513; HARRIS, DAVID *et al.* Op. cit., p. 69; JANIS, MARK, KAY, RICHARD, BRADLEY, ANTHONY. Op. cit., pp. 113-114.

34 HARRIS, DAVID *et al.* Op. cit., p. 113; WHITE, ROBIN, OVEY, CLARE. Op. cit., p. 195.

35 El art. 7 CEDH es considerado como absoluto en el sentido de que la justificación de interferencias no suele discutirse, cfr. para un ejemplo HARRIS, DAVID *et al.* Op. cit., pp. 331-339.

36 Esta cláusula, sin embargo, debe leerse en conjunción con el art. 1 del Protocolo n.º 6 de la Convención para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales Concerniente a la Abolición de la Pena de Muerte, tal y como fue enmendada por el Protocolo n.º 11, del 28 de abril de 1983, ETS n.º 114, el cual declara abolida la pena de muerte en tiempos de paz, y el art. 1 del Protocolo n.º 13 al Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales Concernientes a la Abolición de la Pena de Muerte en Toda Circunstancia, del 3 de mayo de 2002, ETS n.º 187, el cual declara abolida la pena de muerte para todo supuesto. El Protocolo 6 ha sido ratificado por todos los Estados Miembros del Consejo de Europa con excepción de Rusia. El Protocolo n.º 13 ha sido ratificado, hasta la fecha, por 42 países de los 47 Estados Miembros. La pena de muerte fue abolida en Alemania en 1949 por el art. 102 de la Ley Fundamental y para la Unión Europea en el art. 2 (2) de la CDFUE.

37 Cfr., por ejemplo, HARRIS, DAVID *et al.* Op. cit., pp. 61-62; WHITE, ROBIN, OVEY, CLARE. Op. cit., p. 145.

38 Según el art. 52 (3) cl. 1 de la CDFUE la cláusula limitadora del art. 2 (2) del CEDH tiene que ser considerada cuando se aplique el art. 2 en concordancia con el art. 52 (1) de la CDFUE.

2. ¿Derechos absolutos como carentes de cláusula limitadora?

Los derechos que comúnmente son considerados absolutos, mencionados líneas arriba, también tienen en común su formulación, es decir, comparten el hecho de que sus formulaciones normativas no contienen cláusula limitadora alguna³⁹. Esto podría sugerir que un derecho es de naturaleza absoluta si la formulación de la disposición que lo otorga no incluye una cláusula limitadora.

Una cláusula limitadora escrita pone en claro que el derecho es susceptible de ser sujeto a limitación, y, por ende, no tendrá la característica de ser absoluto. Lo opuesto, sin embargo, no se sigue de ello. Las cláusulas limitadoras pueden no estar escritas. De hecho, existen numerosos ejemplos de derechos con cláusulas limitadoras no escritas, que sin embargo son considerados posibles de ser limitados y sujetos al análisis de proporcionalidad, y que, por ende, no son absolutos. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, esto se aplica a un gran número de derechos constitucionales: artículos 4 (1) y (2), 5 (3), 6 (1), 7 (2)-(4), 8 (1), 9 (3), 16 (1) cl. 1 and (2) de la Ley Fundamental⁴⁰. A pesar de que estos derechos no tienen una cláusula limitadora escrita, ellos pueden ser limitados y sujetos a la proporcionalidad, es decir que una cláusula limitadora no escrita está implícita⁴¹.

El artículo 2 cl. 1 del Protocolo 1 adicional al CEDH⁴² establece el derecho a la educación. La siguiente cláusula enuncia: “El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. Este derecho carece de cláusula limitadora alguna. Luego de explicar que la prohibición de castigo corporal en colegios religiosos cuenta como una limitación al derecho a la libertad religiosa de los padres, Lady Hale afirma en el caso *Williamson*: “[E]s un hecho conocido que el respeto debido a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres sobre la educación de sus hijos bajo el amparo del artículo 2 del Primer Protocolo puede ser igualmente limitado”⁴³. Otro ejemplo: la proporcionalidad es considerada crucial en la aplicación del artículo 5 del CEDH, a pesar de que dicha disposición no tiene una cláusula limitadora escrita⁴⁴.

39 Esto es menos convincente en el caso de los Arts. 1, 4, y 5 CDFUE, dado que la cláusula limitadora general del art. 52 (1) de la CDFUE puede extenderse a estos derechos.

40 TFC, BVerfGE 28, 243, 261. Esta decisión pionera que data de 1970 sigue siendo prescriptiva, cfr. por ejemplo *id.*, BVerfGE 107, 104 (118).

41 BOROWSKI, MARTIN. *Limiting Clauses*, *Legisprudence* 1. 2007, p. 197, pp. 217-219.

42 Protocolo n.º 1 al Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del 20 de marzo de 1952, ETS n.º 9.

43 Regina (*Williamson et al.*) v. Secretary of State for Education and Employment [2005] UKHL 15, par. 74.

44 Cfr., por ejemplo, HARRIS, DAVID *et al.* Op. cit., pp. 136-137. Cfr. además MCBRIDE, JEREMY. *Proportionality and the European Convention on Human Rights*. en: ELLIS, EVELYN (ed.). *The Principle of Proportionality in the Law of Europe*. 1999, p. 23, p. 27.

3. Características sustantivas

Si la naturaleza absoluta de un derecho no puede deducirse a partir de criterios formales tales como la cualidad de un derecho de ser inderogable o por la ausencia de una cláusula limitadora escrita, la cuestión que surge ahora es si las características que diferencian a los derechos comúnmente considerados absolutos de los demás derechos son de carácter sustantivo.

Es evidente que los derechos comúnmente considerados absolutos protegen intereses inusualmente importantes. No ser sometido a tortura, ni a tratos o penas inhumanas o degradantes (artículo 3 del CEDH y artículo 4 de la CDFUE), no ser sometido a esclavitud o servidumbre (artículos 4 del CEDH y 5 de la CDFUE) y que se respete la dignidad humana (artículo 1 CDFUE y artículo 1 (1) de la Ley Fundamental) son intereses excepcionalmente importantes de los individuos. Ciertamente, una de las características distintivas de los derechos fundamentales es el proteger intereses importantes antes que intereses marginales. Es más, de entre los intereses protegidos por los derechos fundamentales, aquellos intereses que son protegidos por los derechos comúnmente considerados absolutos poseen una importancia extraordinaria. Así pues, el criterio sustantivo referido a la importancia *excepcional de los intereses que subyacen a los individuos* cuenta, según la concepción ortodoxa, como parte integrante de la caracterización de los derechos absolutos.

El derecho a la vida genera dudas. ¿Es el interés a no ser sometido a trato degradante (artículo 3 del CEDH) más importante que el interés en la vida (artículo 2 del CEDH), de manera que el primero deba ser considerado absoluto y el segundo no? Esto sería sorprendente, ya que “la vida” es la condición más básica para tener derechos en primer lugar. Se podría pensar, entonces, que la importancia fundamental de la vida hace particularmente importante al derecho a la vida. Si el derecho a la vida ha de ser considerado por lo menos a la par, respetando la importancia de los intereses protegidos, con los comúnmente considerados absolutos, ¿por qué entonces el derecho a la vida no es considerado absoluto? ¿Hay algo que diferencie al derecho a la vida, en términos sustantivos, de otros derechos?

La diferencia entre el derecho a la vida y los derechos comúnmente considerados absolutos radica en que parece más plausible justificar una interferencia al derecho a la vida que justificar una interferencia en el caso de otros derechos. Ciertamente, la cuestión sobre las circunstancias en las cuales es posible justificar que un individuo sea privado de su vida plantea profundas cuestiones morales, cuestiones que son en efecto preocupantes. En todo caso, la redacción del artículo 2 (2) del CEDH indica que existen, por lo menos desde el punto de vista legal, justificaciones plausibles para la limitación del derecho a la vida: en defensa de una persona, contra una agresión ilegítima, para detener a una persona conforme a derecho, y para reprimir una

revuelta o insurrección. Si bien las razones en favor de efectivizar la pena de muerte conforme al artículo 2 (1) cl. 2 del CEDH han ido perdiendo fuerza con el paso del tiempo, las justificaciones mencionadas en el artículo 2 (2) del CEDH no han perdido su peso, a condición de que ellas sean, en un caso concreto, proporcionales a la gravedad de la interferencia. En cambio, ¿qué podría justificar seriamente un caso de esclavitud conforme al artículo 4 (1) del CEDH? ¿Una justificación de la tortura conforme el artículo 3 del CEDH? Lo mismo es aplicable al caso de una justificación de la interferencia a la dignidad humana conforme al artículo 1 CDFUE, artículo 1 de la Ley Fundamental. Hay que añadir que esto dependerá en buena medida del ámbito de protección de la dignidad humana, criterio poco claro y controvertido: cuanto más estrecho sea el ámbito de protección, tanto menos plausible resultará la idea de justificar una interferencia.

En conclusión: los derechos comúnmente considerados absolutos no pueden ser identificados recurriendo a criterios formales. Por el contrario, es característico de los “derechos absolutos” que protejan intereses particularmente importantes del individuo y que no hay razón de peso alguna que pueda justificar su limitación. Estos derechos generalmente superan cualquier tipo imaginable de razón limitadora por un amplio margen. Esto apoya la intuición de que la idea misma de su limitación sería inaceptable.

IV. PROBLEMAS DE LA CONCEPCIÓN ORTODOXA SOBRE LOS DERECHOS ABSOLUTOS

Visto así, la idea de un derecho absoluto *sensu stricto* parece perfectamente plausible. De darse una interferencia en un derecho absoluto, ella no podría ser justificada. Los derechos y bienes contrapuestos son sencillamente irrelevantes; la proporcionalidad y la ponderación no desempeñan papel alguno. A diferencia de los derechos limitables o relativos, falta la tercera etapa de evaluación de las reivindicaciones basadas en derechos, es decir, la justificación de la interferencia. Si los derechos absolutos se convirtieran en un elemento dentro de un sistema comprehensivo de derechos, mismo que contenga en su mayor parte derechos relativos, entonces la perspectiva cambiaría.

A. La colisión entre derechos absolutos

Para empezar, ¿qué derecho retrocede ante qué derecho en caso dos derechos absolutos entren en colisión? Los derechos absolutos *sensu stricto* tienen prioridad, por definición, por sobre todo tipo de derecho o interés que se le contraponga. Una vez se ha determinado que hay una interferencia en el derecho absoluto, todo otro derecho debe cederle prioridad. Por ejemplo, ¿qué se puede hacer cuando la dignidad humana de un individuo sólo puede ser

respetada a costa de afectar la dignidad humana de otro individuo?⁴⁵ Dejar estos casos sin resolver equivaldría a dejar los casos más importantes –casos, en los cuales usualmente intereses importantes están en juego en ambos lados– sin solución alguna, lo cual es insatisfactorio. Por tanto, se necesita un criterio que permita tomar decisiones y que sea capaz de abordar la cuestión de la colisión entre derechos absolutos.

Podría parecer atractivo desvincular proporcionalidad y limitación utilizando a la proporcionalidad sólo como criterio para determinar si en efecto existe una interferencia y no como criterio para justificar interferencias. Esta solución parece consistente con una característica de los derechos absolutos, la de que ellos no pueden ser limitados.⁴⁶ Por ejemplo, la reconstrucción de la dignidad humana realizada por Robert Alexy conforme al artículo 1 de la Ley Fundamental va en esa dirección⁴⁷. Sin embargo, esta solución no es compatible con otra característica de los derechos absolutos, a saber, su característica de ser inmunes al análisis de proporcionalidad y, por lo tanto, a la ponderación. El test de proporcionalidad simplemente se traslada de la tercera etapa del antes mencionado modelo estándar de evaluación de reivindicaciones basadas en derechos fundamentales hacia las dos primeras etapas. Basta con decir en este contexto que tal solución no puede ser reconciliada con las características de los derechos absolutos en *sensu stricto*⁴⁸.

En el debate alemán sobre la dignidad humana se ha sugerido la posibilidad de permitir una limitación a la dignidad humana “por sí misma”. Esto quiere decir que la dignidad de un individuo podría ser limitada en virtud a la dignidad de otro individuo⁴⁹. El derecho a la dignidad humana seguiría siendo absoluto respecto a otros derechos o razones limitadoras contrapuestas. Si la dignidad de un individuo se contrapone a la dignidad de otro individuo, ello no es, sin embargo, una forma de colisión “dentro” de la dignidad humana. Se trata más bien de una colisión entre dos derechos, como si dos derechos establecidos en disposiciones distintas colisionasen. En particular, la dignidad humana se torna relativa ya que la dignidad de otro individuo también

45 Esto se ha debatido en particular, en el derecho constitucional alemán. Tengo en mente la interpretación del art. 1 (1) de la Ley Fundamental, cfr. STARCK, CHRISTIAN. Art. 1, par. 1, en: VON MANGOLDT, HERMANN, KLEIN, FRIEDRICH, STARCK, CHRISTIAN (eds.) Grundgesetz Kommentar. 6.^a ed., 2010, p. 25, p. 45, pp. 61-63.

46 Estrictamente hablando, esto no es cierto. Existe una conexión intrínseca entre la ponderación y la limitación. Donde sea posible ponderar derechos, estos derechos podrán ser limitados. Ellos serán limitados en caso se vean superados por derechos o intereses contrapuestos. Cfr. *infra*.

47 Cfr. *infra*, x. B.

48 Cfr. *infra*, x.

49 Cfr. en particular STARCK, CHRISTIAN. Op. cit., p. 45. Cfr. también, STERN, KLAUS. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. vol. IV/1, 2006, pp. 95-96; ZIPPELIUS, REINHOLD, WÜRTENBERGER, THOMAS. Deutsches Staatsrecht. 32.^a ed., 2008, pp. 240-242; WITTRECK, FABIAN. Menschenwürde und Folterverbot, Die Öffentliche Verwaltung 56. 2003, p. 873, pp. 879-892.

se vería afectada, y por ende se presta al análisis de proporcionalidad y a la ponderación. En resumen, el supuesto derecho absoluto pierde tal carácter, y ello independientemente del hecho de que siga gozando de prioridad estricta por sobre otros derechos contrapuestos distintos a la dignidad humana. Lo mismo aplicaría *mutatis mutandis* al enfoque según el cual distintos derechos absolutos contenidos en una misma carta de derechos puedan limitarse entre sí, a la vez que mantienen prioridad estricta por sobre otros derechos que se les contrapongan⁵⁰.

B. La prioridad absoluta de los derechos absolutos por sobre derechos relativos contrapuestos

La idea de derechos absolutos como parte de un sistema de derechos comprensivo, en el cual la mayoría de derechos sean de tipo relativo, plantea la cuestión de si la prioridad absoluta de cada derecho absoluto frente a cada derecho relativo⁵¹ –prioridad bajo toda circunstancia imaginable– parece razonable. ¿Acaso toda interferencia en un derecho absoluto, por muy marginal que sea, justifica que se deba renunciar a la protección brindada por los derechos relativos contrapuestos, por muy graves que sean las consecuencias? ¿Es razonable, por ejemplo, concebir como superior al derecho a la vida a todo derecho comúnmente considerado absoluto, en cualquier circunstancia e independientemente del número de individuos afectados? El que los derechos absolutos en *sensu stricto* sean “insaciables” plantea dudas respecto a si ellos encajan bien en un sistema de derechos conformado en su mayor parte por derechos de naturaleza relativa.

Esto se ve resaltado por la idea de que los derechos comúnmente considerados absolutos están caracterizados en términos sustantivos. Sobre la base de esta caracterización sustantiva de los derechos comúnmente considerados absolutos, la diferencia entre “derechos absolutos” y “derechos relativos” deviene en una cuestión de grado. Mientras que los denominados “derechos absolutos” desplazan a todas las razones limitadoras inimaginables en circunstancias típicas por un amplio margen, este margen será a menudo menor en el caso de los “derechos relativos”. ¿Qué tan grande debe ser este margen para que un derecho pueda ser considerado absoluto? Incluso si se requiere un gran margen, siempre existirán casos difíciles en los cuales el peso del interés protegido por el “derecho absoluto” sea inusualmente bajo y donde el peso de los derechos e intereses contrapuestos sea inusualmente alto. Si la caracterización sustantiva de los derechos comúnmente considerados absolutos es correcta, no se puede

50 En este sentido, la caracterización de derechos absolutos como derechos “que deben ser superiores a otros derechos que no llevan una etiqueta similar” (ADDO, MICHAEL K., GRIEF, NICHOLAS. Op. cit., p. 516) pasa por alto un punto importante.

51 Aparte de la cuestión de la colisión entre derechos absolutos.

estar seguro de que nunca se encontrará un caso concreto, en el que, excepcionalmente, las razones limitadoras pesen más que el derecho caracterizado como absoluto. Si un derecho es considerado absoluto *sensu stricto*, incluso a pesar de que, tomando en consideración todas las circunstancias posibles, existan mejores razones para tratarlo como superado, surge el fenómeno que denominaré “déficit de racionalidad”: un resultado se mantiene incluso ante la existencia de mejores razones que justifican lo contrario.

*C. El estrecho ámbito de protección
de los derechos absolutos sensu stricto*

Si uno considera a cierto derecho absoluto *sensu stricto*, es decir, que no se presta a ser sometido a limitación alguna ni a ser objeto de análisis de proporcionalidad, ello irá acompañado de una clara tendencia hacia un ámbito de protección estrecho. La determinación del ámbito de protección —área de protección y de interferencia⁵²— soporta la totalidad de la carga de evaluación de las reivindicaciones basadas en dicho derecho. Cuanto más amplio sea el ámbito de protección, tanto mayor será la probabilidad de que surjan casos difíciles en los que las razones limitadoras desplacen al derecho —incluso a pesar de que esto no estaría permitido, debido a la naturaleza del derecho como absoluto *sensu stricto*—. En otras palabras, cuanto mayor sea el ámbito de protección, tanto mayor será el problema del “déficit de racionalidad” mencionado líneas arriba. Para disminuir el “déficit de racionalidad” en la mayor medida posible, el ámbito de protección del derecho debe ser mantenido tan estrecho como sea posible. Es decir, con el fin de proteger el núcleo del derecho, se sacrifica el área de penumbra del derecho.

Estos problemas de los derechos absolutos *sensu stricto* en un sistema de derechos relativos han constituido el telón de fondo de un acalorado debate en el derecho constitucional alemán. Con la mirada puesta en la colisión de reivindicaciones basadas en la dignidad humana, Horst Dreier planteó la posibilidad de justificar una interferencia en la dignidad humana de un individuo mediante la afectación en la dignidad humana de otro individuo.⁵³ Es decir, que, según Dreier, en ciertas circunstancias trágicas el derecho encuentra sus límites.⁵⁴ Esta tesis, a pesar de no ser nueva⁵⁵ ni extravagante,

52 En torno al ámbito de protección de los derechos fundamentales, cfr. ALEXY, ROBERT. Op. cit., pp. 196-217.

53 DREIER, HORST. Art. 1 I, en Grundgesetz Kommentar, vol. 1. 2.^a ed., 2004, p. 139, par. 133

54 Cfr. su extenso comentario con respuestas a las críticas en la edición más reciente de su Comentario a la Ley Fundamental, id., art. 1 I, en: id (ed.). Grundgesetz Kommentar vol. 1. 3.^a ed., 2013, p. 154, par. 133.

55 STARCK, CHRISTIAN. Op. cit., p. 45. Cfr. también, STERN, KLAUS. Op. cit., pp. 95-96; ZIPPELIUS, REINHOLD, WÜRTENBERGER, THOMAS. Op. cit., pp. 240-242; WITTRECK, FABIAN. Op. cit., pp. 879-892.

atrajo fuertes críticas. Matthias Herdegen realizó en el 2003 una distinción entre el núcleo y el área de penumbra de la dignidad humana, con el objetivo de hacer que el área de penumbra estuviese sometida al análisis de proporcionalidad. Sus comentarios en torno a la dignidad humana conforme al artículo 1 de la Ley Fundamental en el compendio de comentarios *Maunz/Dürig*, una obra ciertamente influyente en los primeros años posteriores a la Ley Fundamental, sustituyó al comentario redactado por el fundador de esta obra, uno de los *decanos* del derecho constitucional alemán, Günter Dürig. Dado que las páginas clásicas de *Dürig* sobre la dignidad humana estaban inspiradas en ideas provenientes del derecho natural, el hecho de reemplazarlas por un llamamiento a ponderarla con otros derechos y bienes contrapuestos fue considerado por algunos como inapropiado. En particular Ernst-Wolfgang Böckenförde, ex magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, criticó duramente el comentario de Herdegen en un artículo publicado en el diario *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el 3 de septiembre de 2003⁵⁶. Böckenförde sostiene que debido a que en la interpretación de Herdegen la dignidad humana pierde su estatus especial, ella no puede seguir siendo el eje central de la Constitución alemana. Herdegen se vio obligado a revisar y cualificar sus afirmaciones. Sin embargo, siguió defendiendo sus ideas centrales en contra de duros cuestionamientos⁵⁷.

Este debate pone en evidencia que existen posiciones arraigadas respecto a la reconstrucción de la dignidad humana. Por un lado, la tesis de la dignidad humana como derecho absoluto *sensu stricto* da lugar a serios problemas; de otro lado, se considera inapropiado tratar a la dignidad humana de la misma manera que a cualquier otro derecho fundamental. Desde mi punto de vista, sin embargo, la idea de una “absolutes relativa” demuestra que esta confrontación entre posiciones arraigadas puede ser superada.

V. EL ESBOZO DE UNA LECTURA RELATIVA DE LOS “DERECHOS ABSOLUTOS”

Si la caracterización sustantiva de estos derechos, comúnmente considerados absolutos, es correcta; ello sugeriría que tales derechos han de ser susceptibles a la proporcionalidad y a la ponderación. Desde el punto de vista sustantivo, los derechos comúnmente considerados absolutos protegen (1) intereses particularmente importantes a través de (2) razones limitadoras que, por lo general, están lejos de poder justificar una interferencia en el derecho. Es decir

56 WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, ERNST. Streit über Menschenwürde im Grundgesetz. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre de 2003, p. 33.

57 Cfr. HERDEGEN, MATTHIAS. Art. 1 Abs. 1 GG, en: MAUNZ, THEODOR, DÜRIG, GÜNTHER (eds). *Grundgesetz Kommentar*. suplemento de hoja suelta. 2013, párrs. 46-51 (la versión más reciente de este artículo fue publicada en mayo de 2009).

que el interés que subyace al derecho posee un peso particularmente elevado, mientras que las razones limitadoras tienen un peso usualmente menos intenso. Incluso si estos derechos son objeto del análisis de proporcionalidad, el resultado en circunstancias típicas sería claro: prevalece el interés que subyace al derecho, y lo hace con tal certeza que la necesidad de una justificación expresa parece ser superflua. Sin embargo, en circunstancias excepcionales esto parece menos seguro, de tal manera que una justificación expresa parece ser lo más recomendable. En circunstancias extremas, incluso podría darse que un derecho comúnmente considerado absoluto demuestre ser limitable.

Habla en favor de una lectura relativa de los derechos el hecho de que con ella todos los problemas estructurales que plagan la lectura de los derechos como derechos absolutos *sensu stricto* desaparecen. El problema que representa la colisión entre “derechos absolutos” puede resolverse, desde el punto de vista estructural, mediante una ponderación de estos derechos en las circunstancias del caso concreto. Estos son los llamados “casos difíciles”, casos en los que están en juego intereses particularmente importantes en ambos lados del problema. Sin duda, la ponderación proporciona una estructura en la cual los problemas normativos pueden ser decididos de manera abierta y transparente. Dejar abierta la cuestión de qué derecho absoluto desplaza al otro –en el entendido de que, por definición, los derechos absolutos no pueden ser desplazados– es menos satisfactorio que proceder conforme a la ponderación.

Además, la difícilmente aceptable asunción de que todos los “derechos absolutos” tienen prioridad por encima de todos los derechos relativos en todos los casos desaparece sin dejar rastro. Los derechos comúnmente considerados absolutos y aquellos considerados relativos pueden ser ponderados. Con ello, la prioridad absoluta de los “derechos absolutos” es reemplazada por una prioridad *prima facie* muy fuerte. Si bien los derechos comúnmente considerados absolutos gozarán casi siempre de prioridad por sobre los derechos relativos, esto podría no ser así en circunstancias muy excepcionales.

Por último, la necesidad de construir tan estrecho como sea posible al ámbito de protección de los derechos comúnmente considerados absolutos desaparece, dado que el fenómeno del “déficit de racionalidad” no se produce.

Sin embargo, a pesar de que la lectura relativa de los derechos comúnmente considerados absolutos debería evitar un gran número de problemas, una cuestión importante continúa abierta: ¿no tiende este enfoque a menoscabar la protección conferida por estos derechos?

VI. DEBATES ORIENTADOS POR EL RESULTADO VERSUS INDAGACIONES ESTRUCTURALES SOBRE “DERECHOS ABSOLUTOS”

Antes de abordar con mayor detalle la cuestión de la lectura relativa de los derechos absolutos, es necesario enfatizar que la lectura relativa de los derechos comúnmente considerados absolutos propuesta en este artículo no

pretende debilitar la protección que estos derechos confieren ni en efecto lo hace. Incluso en el supuesto en que estos derechos comúnmente considerados absolutos perdiesen su característica estructural (el ser inmunes al análisis de proporcionalidad), sus características sustantivas, su peso abstracto supremo y sus razones limitadoras que típicamente tienen menor peso, permanecerían. Estas características sustantivas seguirían diferenciando a los artículos 3 y 4 (1) del CEDH, artículos 1, 4, y 5 de la CDFUE y el artículo 1 de la Ley Fundamental de todos los demás derechos relativos típicos. Es ampliamente aceptado que los derechos comúnmente considerados absolutos merecen un nivel de protección particularmente alto, y esta convicción universalmente aceptada tiene que ser tomada seriamente. La lectura relativa sugerida aquí busca ofrecer una reconstrucción más convincente de este elevado nivel de protección. No busca cambiar los resultados basados en el sentido común. Esto requiere ser enfatizado, dado que una lectura relativa de los “derechos absolutos” podría ser también empleada como un medio dentro del debate al que denominaré “orientado por el resultado”.

A. Debates orientados por el resultado

Los debates orientados por el resultado se caracterizan por tratar de justificar un resultado que viene de una opinión aceptada. Por ejemplo, digamos que alguien simplemente está convencido, o tiene una fuerte intuición, de que, en ciertas circunstancias que ponen en riesgo la vida, estaría justificado que el Estado practicara algo que podríamos denominar “tortura”⁵⁸. El caso *Gäfgen*, el cual fue resuelto por la Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en junio del 2010, nos puede servir de ejemplo⁵⁹. Un estudiante de derecho en la ciudad de Frankfurt, Magnus Gäfgen, secuestró a un niño de once años de edad, Jakob von Metzler, a fin de recibir dinero a cambio de su liberación. Luego de recibir el dinero del rescate, el estudiante fue capturado por la policía. La policía había asumido que el niño seguía con vida, y que, lógicamente, su vida corría peligro, posiblemente a causa de falta de agua, prisionero en algún escondite sin poder hacer nada. Gäfgen se rehusó a revelar el paradero del niño. El jefe de la policía de Frankfurt, Wolfgang Daschner, amenazó al sospechoso con infringirle “dolor intolerable”, acto que estaría bajo supervisión médica y que estaría a cargo de un escuadrón especial de la policía que ya estaba en

58 Cfr., por ejemplo, BRUGGER, WINFRIED. May Government Ever Use Torture?, *American Journal of Comparative Law* 48. 2000, p. 661, p. 674; BRUGGER, WINFRIED. Darf der Staat ausnahmsweise foltern?. *Der Staat* 35, 1996, p. 67, pp. 93-95; BRUGGER, WINFRIED. Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, *Juristenzeitung* 55. 2000, p. 165, pp. 170-171. Siguiendo explícitamente a Brugger: STARCK, CHRISTIAN. Op. cit., pp. 62-63.

59 TEDH, *Gäfgen v. Germany* (nota 31). Sobre esta decisión cfr. GREER, STEVEN. Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case, *Human Rights Law Review* 11. 2011, p. 67.

camino a bordo de un helicóptero.⁶⁰ Luego de ser sometido a estas amenazas por casi diez minutos, Gäfgen reveló la ubicación del cadáver. El niño había fallecido a causa de sofocación. El caso desató un arduo debate sobre cuán lejos puede ir la policía en una situación en la cual es razonable asumir que la vida de una víctima inocente se encuentra en inminente peligro. Según la Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la amenaza a la que fue expuesto Gäfgen equivalía a un “tratamiento inhumano” y por tanto iba en contra de lo dispuesto en el artículo 3 del CEDH⁶¹.

En el contexto de un debate orientado por el resultado, es precisamente el resultado aquello que es tomado como punto arquimédico. Un enunciado paradigmático en un debate orientado por el resultado sobre el caso *Gäfgen* sería: “En el caso *Gäfgen*, el accionar de *Daschner* debe ser permitido”. Aquellos que apoyen esta tesis y discrepen de la solución de la Gran Cámara pueden escoger de entre dos estrategias para explicar por qué según su opinión el tratamiento al que fue sometido Gäfgen no vulnera el artículo 3 del CEDH. Ellos pueden alegar, en primer lugar, que (1) el tratamiento, como tal, no representa ni “tortura ni pena o trato inhumano o degradante” conforme al artículo 3 del CEDH, o que (2) en efecto el caso representa tal tratamiento, pero que se trata de una excepción, justificada por las circunstancias del caso concreto. Un elemento necesario de la segunda estrategia es que se niegue la naturaleza absoluta del artículo 3 del CEDH; si se pudiese introducir una excepción o limitación, este derecho no podría, por definición, ser absoluto. Es decir que la naturaleza relativa de cierto derecho puede convertirse en parte del debate orientado por el resultado. Sin embargo, ahí donde esto ocurra, ello servirá sólo como un medio para alcanzar un fin —como medio para apoyar la obtención de un determinado resultado que es asumido como necesario desde el inicio del análisis—. El problema central de esta estrategia es la pregunta sobre si ella está en condiciones de justificar la convicción sobre el resultado del caso, cuestión que es el punto arquimédico del debate orientado por el resultado.

Más allá de este problema general, existen serias dudas sobre si una lectura relativa del artículo 3 del CEDH realmente puede apoyar la tesis de que el accionar de *Daschner* en el caso *Gäfgen* está justificado. Regresaré a este punto más adelante⁶².

B. Análisis de la estructura de los “derechos absolutos”

Algo completamente diferente es el caso de un análisis donde el centro de la atención sea la cuestión de la estructura de los derechos como absolutos

60 Otras acusaciones de maltrato físico y psíquico de Gäfgen no pudieron ser probadas más allá de toda duda razonable, cfr. ECtHR, *Gäfgen v. Germany* (nota 31), par. 98.

61 Ibid., par. 108.

62 Cfr. *infra*, IX.

o relativos. A diferencia de los debates orientados por el resultado, en los cuales todo gira precisamente en torno al resultado, para el análisis basado en la estructura de los derechos, la cuestión del resultado es indiferente. La interpretación de ciertos derechos en contextos prácticos es reconstruida de manera crítica. ¿Se trata de facto al derecho relevante al caso concreto como un derecho relativo susceptible de proporcionalidad y ponderación, o se lo trata como un derecho absoluto que nunca podría ser ponderado? El énfasis aquí se enfoca en entender cómo se pueden justificar los resultados, en lugar de criticarlos según la opinión de la mayoría.

Para evitar cualquier duda al respecto, este ensayo está dirigido a realizar una reconstrucción crítica de la interpretación de los derechos que son comúnmente considerados absolutos. En particular, no tengo nada en contra de los resultados basados en la concepción ortodoxa sobre los derechos absolutos. En ese sentido, una lectura relativa de los derechos absolutos no apoya el accionar de Daschner en el caso *Gäfgen*⁶³.

VII. LA ABSOLUTEZ RELATIVA DE LOS “DERECHOS ABSOLUTOS”

QUA PROPORCIONALIDAD

El fenómeno de la “absoltez relativa” se basa en las características sustantivas de los derechos comúnmente considerados absolutos, a saber, el peso abstracto supremo de los intereses que subyacen a estos derechos y el leve peso abstracto de los derechos que típicamente se les contraponen⁶⁴. Esto explica por qué el fenómeno de la “absoltez relativa” es característico de los “derechos absolutos” pero no de otro tipo de derechos.

Tomadas en conjunto, las reglas para atribuir peso a principios contrapuestos con intensidades de interferencia crecientes y la consideración de ciertas premisas empíricas, sirven para explicar por qué es erróneo suponer que el sometimiento de los “derechos absolutos” al análisis de proporcionalidad disminuiría su importancia, reduciendo su nivel de protección al nivel ofrecido por los derechos relativos paradigmáticos, tales como los comprendidos en los artículos 8 al 11 del CEDH.

Si bien, por un lado, la idea de la ponderación no es en absoluto novedosa, por otra parte, el análisis de la estructura de la ponderación ha avanzado considerablemente en los últimos años. Las investigaciones realizadas por Robert Alexy sobre la proporcionalidad y la ponderación en su tratado *Teoría de los derechos fundamentales*⁶⁵ han dado lugar a un arduo debate en torno a

63 Cfr. *infra*, IX.

64 Cfr. *supra*, III.B.3.

65 ALEXY, ROBERT. Op. cit.

la ponderación y su reconstrucción. La fórmula del peso para la ponderación⁶⁶, la cual Alexy ha desarrollado en los últimos años, ha introducido mayores ímpetus al debate. La fórmula del peso es un intento de expresar matemáticamente la estructura del proceso de ponderación. Alexy es perfectamente consciente del hecho de que una estructura formal, puramente matemática, no sirve por sí sola para justificar un razonamiento basado en ponderación. Las premisas normativas sobre las cuales descansa la ponderación requieren ser justificadas mediante argumentos jurídicos⁶⁷. Fuera de los detalles del intento de Alexy por desarrollar una reconstrucción formal de la ponderación, este desafiante proyecto invita a prestar atención a los elementos que forman parte de la ponderación. En este sentido, el análisis en la estructura de la ponderación ha dado lugar a valiosos avances en este campo.

A. El peso abstracto de los derechos

Ya se ha mencionado que los derechos comúnmente considerados absolutos tienen un peso abstracto particularmente elevado. Derechos con un peso abstracto elevado se imponen con mayor frecuencia a derechos e intereses contrapuestos con un peso abstracto más bajo. Sin embargo, un derecho con un peso abstracto elevado no siempre prevalecerá sobre otros derechos o intereses con un peso abstracto más bajo, ya que también debe tomarse en cuenta a la intensidad de la interferencia o afectación. Es decir que el peso de un derecho, en las circunstancias del caso concreto, depende tanto de su peso abstracto, así como de la intensidad con que se interfiera o afecte al derecho. Los derechos con un peso abstracto bajo pueden superar a otros derechos que tienen un peso abstracto más elevado, a condición de que la intensidad de la interferencia en el primero sea más severa que la interferencia en el segundo.

Cuanto mayor sea la diferencia entre los pesos abstractos de los derechos, tanto más fácil será identificarlos. Por ejemplo, es difícil decir que el derecho a la libertad de expresión (artículo 10 del CEDH) posee un peso abstracto mayor que el derecho a la libertad de religión (artículo 9 del CEDH), o que el derecho al debido proceso (artículo 6 del CEDH) es, en abstracto, más importante que el derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 del CEDH), y así sucesivamente. En ese sentido, la mayoría de las cartas de derechos contienen generalmente muchos derechos con igual peso abstracto⁶⁸. Existen, sin embargo, derechos fundamentales con un peso abstracto particularmente elevado o bajo. Un ejemplo de un derecho con un peso abstracto bastante

66 ALEXY, ROBERT. Postscript, pp. 403-410; ALEXY, ROBERT. The Weight Formula, en STELMACH, JERZY, BROZEK, BARTOSZ, ZALUSKI, WOJCIECH (eds.), *Frontiers of Economic Analysis of Law: Studies in the Philosophy of Law*. vol. 3, 2007, p. 9.

67 ALEXY, ROBERT. On Balancing and Subsumption, *Ratio Juris* 16. 2003, pp. 433 y 439.

68 ALEXY, ROBERT. Op. cit. Postscript, p. 406.

bajo es el derecho general a la libertad en la Constitución alemana, artículo 2 (1) de la Ley Fundamental. Este derecho exige que toda interferencia en el derecho a la libertad esté justificada, con independencia de si se afecta el interés particularmente importante de un individuo. Dado que prácticamente toda ley parlamentaria interfiere, de una forma u otra, en el derecho a la libertad, una interferencia en el derecho general a la libertad es la regla antes que la excepción. Sin embargo, también es usual que el derecho general a la libertad se vea desplazado cuando colisiona con otros derechos o intereses. Esto equivale a decir que este derecho tiene un peso abstracto relativamente bajo. Por el contrario, un ejemplo de un derecho con un peso abstracto particularmente elevado es el derecho a no ser sometido a esclavitud, artículo 4 (1) del CEDH y el artículo 5 de la CDFUE. La esclavitud representa una interferencia extraordinariamente severa tanto en la libertad como en la igualdad, privando al individuo de su propia personalidad. Además, teniendo en consideración el gran sufrimiento físico y emocional causado por la tortura, el individuo tiene un interés primordial en no ser sujeto a dicho trato, artículo 3 del CEDH y artículo 4 de la CDFUE. La prohibición de la esclavitud y de la tortura está contenida en la garantía de la dignidad humana, artículo 1 de la CDFUE y en el artículo 1 de la Ley Fundamental. Otros aspectos de la dignidad humana también reflejan intereses importantes de los individuos. Ciertamente, ya se ha hecho mención líneas arriba que el derecho a la vida también posee un elevado peso abstracto⁶⁹.

Tal y como ocurre con la mayoría de aspectos de los derechos fundamentales, es probable que el peso abstracto de un derecho dado, sea una cuestión muy controvertida. Sin embargo, es plausible identificar tres categorías de derechos fundamentales en función al criterio del peso abstracto: para empezar, los derechos premunidos de un peso abstracto bajo tales como el derecho general a la libertad, artículo 2 (1) de la Ley Fundamental; luego, derechos con un peso abstracto medio, por ejemplo, la mayoría de derecho contenidos en el CEDH, ante todo los derechos contenidos en los artículo 8 al 11 del CEDH; y, finalmente, derechos con un peso abstracto particularmente elevado, tales como los derechos comúnmente considerados absolutos junto con el derecho a la vida.

B. La creciente resistencia de los derechos a la desproporcionalidad

En la ponderación, la relación entre la intensidad de la interferencia y el peso de los principios relevantes al caso concreto no es proporcional. Es decir, para justificar una interferencia más grave en un derecho se requiere una justificación *supra-proporcional* o *mucho más intensa* que una mera justificación

69 Cfr. *supra*, III.B.3.

proporcionalmente fuerte⁷⁰. Este fenómeno se hace más evidente en la medida en que el peso abstracto del derecho se torna más elevado.

En vista de que los derechos comúnmente considerados absolutos poseen un peso abstracto particularmente elevado, toda interferencia en ellos contará como una interferencia muy severa. Esto quiere decir que las únicas razones limitadoras que pueden siquiera acercarse a superarle son aquellas que tienen una importancia verdaderamente excepcional. Aquí entra en juego el segundo elemento de las características sustantivas de los derechos comúnmente considerados absolutos, el hecho de que la vasta mayoría de las razones potencialmente limitadoras poseen típicamente un peso menos alto que el del derecho absoluto⁷¹. En la gran mayoría de casos, las razones limitadoras ni siquiera se aproximan a desplazar a los “derechos absolutos”. Nuevamente: ¿qué tipo de razón limitadora podría desplazar a la prohibición de la esclavitud?

Esto explica por qué los partidarios, por ejemplo, de la tortura bajo ciertas condiciones, tienen que hacer más plausibles sus argumentos recurriendo a casos hipotéticos en los cuales la vida de muchas víctimas inocentes depende de someter a un criminal a tortura o a otras formas de tratamiento inhumano o degradante. La naturaleza hipotética o artificiosa de tales casos arroja luz sobre un factor a menudo dejado de lado, pero de gran importancia en la ponderación, la cuestión de la certeza de las premisas empíricas relevantes.

C. La certeza de las premisas empíricas relevantes

Interferencias graves tienen que estar basadas en premisas empíricas que sean ciertas. Las interferencias muy graves en derechos tienen que estar basadas en premisas empíricas sobre las cuales se tenga mucha certeza. Estas intuiciones sugieren lo siguiente: cuanto más severa sea la interferencia en el derecho, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas⁷² empíricas que sustentan dicha interferencia⁷³. Por tanto, la idea de un incremento desproporcionado también es aplicable aquí. Cuanto más severa sea la interferencia y cuanto mayor sea el peso abstracto del derecho relevante al caso concreto, tanto más elevada o supra-proporcional deberá ser la certeza de las premisas empíricas. Es decir, una interferencia en los derechos comúnmente considerados absolutos, que se caracterizan por tener un peso abstracto particularmente alto, puede ser justificada únicamente recurriendo a razones con un peso verdaderamente elevado y sobre la base de una certeza empírica absoluta. El argumento de que

70 ALEXY, ROBERT. Op. cit., p. 195; BOROWSKI, MARTIN. Op. cit., pp. 278-279.

71 Cfr. *supra*, III.B.3.

72 Cfr. Alexy's “epistemic law of balancing,” ALEXY, ROBERT. Op. cit., Postscript, p. 418. Cfr. además ALEXY, ROBERT. Thirteen Replies, en: PAVLAKOS, GEORGE (ed.). Op. cit., p. 333, pp. 342 y 345; BOROWSKI, MARTIN. Op. cit., pp. 279-280.

73 Se plantea la cuestión de si lo mismo se aplica a la certeza de las premisas normativas. Sin embargo, esta cuestión va más allá del alcance de este ensayo.

la situación debe juzgarse desde un punto de vista *ex ante* en lugar de hacerlo retrospectivamente, y que el punto de vista *ex ante* necesariamente implica cierto grado de falta de certeza⁷⁴, no cambia en nada este hecho. Si acaso, en la práctica, fuese imposible contar *ex ante* con la certeza necesaria respecto a las premisas empíricas relevantes al caso, entonces el derecho demostraría, en términos prácticos, no ser susceptible de limitación⁷⁵.

1. El derribo de aviones de pasajeros, la dignidad humana y el TFC alemán

La exigencia de certeza absoluta sobre las premisas empíricas para la limitación de derechos comúnmente considerados absolutos es pasada por alto por aquellos que piensan que sólo se requiere colocar razones limitadoras con peso elevado conjuntamente con “derechos absolutos” para hacer plausible la limitación. Esto puede ilustrarse a través de la autorización que existía en Alemania para derribar aviones de pasajeros en caso existan razones para creer que un ataque terrorista es inminente, conforme a la Sección 14 (3) Ley de Seguridad Aérea (*Luftverkehrsgesetz*) del año 2005,⁷⁶ la cual fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el año 2006⁷⁷. Si un avión de pasajeros sospechoso de estar siendo usado como arma en un ataque terrorista a un objetivo en tierra es derribado, todos los pasajeros a bordo perecerán. Esto representa una interferencia en el derecho a la vida de los pasajeros, la tripulación, y la de los terroristas. Además, el Tribunal consideró que derribar el avión también constituía una intervención en la dignidad humana de los pasajeros y la tripulación, conforme al artículo 1 (1) de la Ley Fundamental, ya que, en opinión del Tribunal, se les trata como medios para la consecución de un fin⁷⁸. El Tribunal clasifica a la dignidad humana como un derecho absoluto *sensu stricto*, de manera que todo tipo de justificación de interferencias en dicho derecho está excluido por definición.

74 BRUGGER, WINFRIED. Op. cit., p. 668.

75 Sobre el convincente argumento de que no podemos estar seguros que un presunto terrorista conozca toda la información relevante y la proporcione bajo tortura, por lo que la tortura en tales casos nunca es “necesaria”, cfr. GAETA, PAOLA. May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?, *Journal of International Criminal Justice* 2. 2004, p. 785, pp. 791-792; JESSBERGER, FLORIAN. Good Torture, Bad Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany, *Journal of International Criminal Justice* 3. 2005, p. 1059, p. 1070.

76 Ley de Seguridad Aérea (*Luftverkehrsgesetz*), 11 de enero de 2005, BGBl. I, 78.

77 TFC, BVerfGE 115, 118; la traducción al inglés de la decisión está disponible en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705en.html (consultado el 20 de abril de 2014).

78 Ibid., par. 119. Sin embargo, para los terroristas, no hay injerencia en la dignidad humana, y la injerencia en su derecho a la vida se considera justificada, cfr. *ibid.*, párrs. 138-152.

Curiosamente, el Tribunal desarrolló una línea de razonamiento adicional. Como si no estuviera completamente satisfecho con el argumento derivado del carácter absoluto de la dignidad humana, se indica “adicionalmente”⁷⁹, que la situación en la cual se toma la decisión de derribar el avión, está marcada por múltiples inseguridades de tipo empírico: no se puede esperar que siempre existirá “una imagen completa de la situación fáctica y que la situación fáctica siempre pueda ser evaluada correctamente”⁸⁰. Típicamente, (1) no está del todo claro si el avión se encuentra en efecto bajo control de terroristas, (2) no está del todo claro si los terroristas pretenden utilizar el avión para atacar un edificio y, en caso esto sea cierto, (3) no está claro si ellos están en posibilidad de concretar sus planes, y así sucesivamente⁸¹. Apoyar una interferencia en la dignidad humana, según el Tribunal, es “absolutamente inconcebible” en circunstancias tan inciertas⁸². Precisamente esto se explica por el requisito de la certeza de las premisas empíricas relativas a la severidad de la interferencia; dado que una interferencia en la dignidad humana es extremadamente severa, las premisas empíricas sobre las cuales se basa la decisión de ponderación requieren ser absolutamente ciertas. En resumen, esta línea adicional de razonamiento del Tribunal se explica mejor recurriendo a las estructuras de la ponderación.

2. Sobre la irrelevancia de los casos hipotéticos o artificiosos

Quienes justifican interferencias apelando a “derechos absolutos” –entendidos en el sentido de los debates orientados por el resultado⁸³– recurren regularmente a casos hipotéticos o artificiales. Un caso que tiene gran notoriedad en el debate sobre la tortura es el “escenario de la bomba de tiempo”, en el cual un terrorista ha instalado una bomba y él es el único que puede desactivarla a tiempo. Los hechos siempre son dispuestos de tal manera que potencialmente lleven a causar un gran número de víctimas a no ser que el terrorista sea sometido a medidas que son clasificadas usualmente como tortura⁸⁴. La idea aquí consiste en orquestar la situación de manera que la prohibición de la tortura sea yuxtapuesta a derechos e intereses contrapuestos que tengan el mayor peso posible. Se espera que surja la siguiente “pregunta retórica”: ¿quién no estaría dispuesto a permitir alguna forma de tortura cuando tantas vidas están en juego?

79 Ibid., par. 123.

80 Ibid.

81 Las múltiples incertidumbres y la enorme presión de tiempo durante el cual habría que tomar la decisión de derribar el avión se ilustran *ibid.*, párrs. 123-127.

82 Ibid., par. 128.

83 Cfr. *supra*, VI.A.

84 Cfr., por ejemplo, BRUGGER, WINFRIED. Op. cit., p. 662.

Tales casos hipotéticos o artificiales tienen muy poco en común con los casos reales. Todas las inseguridades empíricas se eliminan simplemente por medio de suposiciones hipotéticas: el terrorista es un terrorista, no un presunto terrorista, es cierto que nadie más puede desactivar la bomba, es cierto que el terrorista revelará la información crucial bajo alguna forma leve de tortura, es cierto que la información que se obtenga salvará un gran número de vidas, y así sucesivamente⁸⁵. La incorporación de estas asunciones empíricas no cuenta como una simplificación inofensiva, sino que es más bien una tergiversación fundamental del caso concreto. Tal y como Henry Shue ha postulado recientemente: abstracciones e idealizaciones “ponen a lo hipotético por encima de lo real y por lo tanto son una analogía desastrosamente engañosa de la que se derivan conclusiones sobre la realidad”⁸⁶. O, para mencionar una cita tres décadas más antigua: “casos artificiales producen mala ética”⁸⁷ —y hay que añadir también, “mal derecho”.

La importancia de la certeza de las premisas empíricas ha sido reconocida hace mucho en el debate sobre la tortura. Esto puede explicarse mediante la relación, en ponderación, entre la certeza de las premisas empíricas requerida y la severidad de la interferencia en un derecho. Dado que la tortura representaría una interferencia tan severa, es necesario contar con una seguridad sobre las premisas empíricas casi perfecta para justificarla. Tal certeza falla en reflejar un sentido sólido de la realidad. En resumen: la ponderación conforme a los postulados de la proporcionalidad puede dar lugar a una forma de absolutez, es decir, una absolutez relativa.

VIII. SOBRE LOS LÍMITES ABSOLUTOS A LA PONDERACIÓN

¿Es todo, entonces, una cuestión de ponderación, o hay límites absolutos a la ponderación? Mattias Kumm ha planteado recientemente la pregunta sobre si el análisis de proporcionalidad puede capturar de manera integral la “prioridad” de los derechos reflejada en el “liberalismo político”⁸⁸. Según Kumm, tres ideas son características del liberalismo político: antiperfeccionismo, antiolectivismo y anticonsecuencialismo⁸⁹. Concentraré mi análisis en la afirmación de Kumm respecto a que los “derechos prioritarios” requieren que los derechos sean anticonsecuenciales⁹⁰. El anticonsecuencialismo, según

85 Específicamente sobre las suposiciones artificiales en los “escenarios de la bomba de tiempo”, cfr. SHUE, HENRY. *Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb*, Case Western Reserve Journal of International Law. 2005-2006, pp. 231-237.

86 Ibid., p. 231.

87 BRUGGER, WINFRIED. *Torture, Philosophy & Public Affairs* 7. 1978, p. 124, p. 141.

88 KUMM, MATTIAS. Op. cit., p. 131.

89 Ibid., pp. 142-164.

90 Sobre la propuesta de Kumm por un “anti-perfeccionismo” y un “anti-colectivismo” cfr. ALEXY, ROBERT. Op. cit., pp. 340-342.

Kumm, expresa “la idea básica de que existen restricciones relacionadas a la idea de inviolabilidad de las personas, mismas que imponen límites a los actores que buscan alcanzar consecuencias deseables”⁹¹. Los derechos sujetos a ponderación imponen restricciones a “los actores que buscan lograr consecuencias deseables”⁹². Si los derechos individuales tienen peso en la ponderación, ellos imponen restricciones a las autoridades públicas respecto a los objetivos que pretenden alcanzar. El fenómeno de la “absoluté relativa” demuestra que incluso una restricción que técnicamente no es absoluta puede, no obstante, ser una restricción muy poderosa. Con ello, el argumento derivado del anticonsecuencialismo puede ser tomado en cuenta atribuyendo peso al derecho individual en la ponderación.

Sin embargo, según Kumm, existen limitaciones a la ponderación que no pueden ser reflejadas en la estructura de la proporcionalidad. Él ilustra esta tesis haciendo referencia al “dilema del tranvía”, que se remonta a un ensayo de Philippa Foot de finales de la década de los sesenta⁹³. Este problema ha recibido gran atención.⁹⁴ Kumm distingue dos escenarios:

1. Un tranvía fuera de control matará a cinco personas si una persona parada al lado de la vía no dirige dicho tranvía hacia otra vía, donde, prevé matará a una persona.

2. Un tranvía fuera de control matará a cinco personas si un espectador al lado de la vía no empuja a un hombre obeso parado junto a él sobre las vías, con el fin de detener el tranvía. Es claro que el hombre obeso morirá en el proceso⁹⁵.

Kumm sostiene que es una “opinión ampliamente compartida que en el primer caso el observador puede desviar el tranvía [...], mientras que en el segundo no”⁹⁶.

Para empezar, se trata de un escenario hipotético o artificial que nos dice, por las razones antes mencionadas⁹⁷, poco o nada respecto a cómo decidir casos reales. Curiosamente, Philippa Foot reconoce la relevancia de la certeza e incertidumbre empírica en su ejemplo original. Dirigiéndose a su contraparte del primer escenario de Kumm, ella escribe: “en la vida real, sería difícil poder siquiera estar seguros que el hombre en la otra vía morirá”.⁹⁸ Por el contrario, en cuanto a la contraparte del segundo escenario planteado por Kumm: “el juzgador necesariamente requiere que el inocente hombre obeso

91 KUMM, MATTIAS. Op. cit., p. 153.

92 Ibid.

93 FOOT, PHILIPPA. *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. 1978, pp. 19-32, 23. El artículo apareció originalmente en: *Oxford Review* 2, 1967, p. 5.

94 KUMM, MATTIAS. Op. cit., p. 153 con mayores referencias.

95 Ibid. (En la última parte de la segunda entrada de Kumm, me he tomado la libertad de parafrasear el texto).

96 Ibid.

97 Cfr. *supra*, VII.B.

98 FOOT, PHILIPPA. Op. cit., p. 23.

muera en el proceso a fin de lograr sus (buenos) propósitos”⁹⁹. Esto quiere decir que existe una diferencia importante en la certeza de las premisas empíricas relevantes al caso concreto, que puede ser la explicación completa de por qué estos escenarios deben ser tratados de manera diferente. Sin embargo, las personas tienden a dejar de lado la intuición derivada de los casos en el mundo real para pasar simplemente a estos casos completamente artificiales.

En segundo lugar, la descripción del segundo escenario tiene una conspicua dimensión normativa: empujar a alguien a las vías es un tabú. Si las personas reaccionan de manera más negativa al segundo escenario que al primero, es posible que ellas estén reaccionando principalmente a esta descripción

Sin embargo, según Kumm, la supuesta evaluación diferente de los dos escenarios, refleja una razón diferente. En el primer escenario, la muerte de la víctima no es más que un “mero efecto colateral contingente”, la víctima es un “inhabilitador (*disabler*)”¹⁰⁰. Por el contrario, el hombre obeso en el segundo escenario es, según Kumm, “usado como un medio para lograr el fin de salvar a los cinco”, él es un “facilitador (*enabler*)”¹⁰¹. Kumm concluye que “sólo las reivindicaciones respecto al inhabilitador son susceptibles de ser abordadas mediante el análisis de proporcionalidad”, mientras que “las reivindicaciones respecto del facilitador imponen restricciones significativamente más fuertes”¹⁰².

Incluso si la reivindicación del facilitador es más fuerte que la reivindicación del inhabilitador, cuando esto no sea simplemente el resultado de certezas típicamente diferentes sobre las premisas empíricas en los dos escenarios, surge la pregunta de por qué “más fuerte” necesariamente significa “absoluto”. La reivindicación del facilitador podría ser más fuerte incluso si las reivindicaciones de ambos, facilitador e inhabilitador, fuesen susceptibles de ser sometidos al análisis de proporcionalidad, específicamente, si el mayor peso en la ponderación fuese atribuido a la reivindicación del facilitador.

La afirmación de Kumm sobre que existe una prohibición absoluta de usar a otros como medios para conseguir fines recuerda la fórmula postulada por Kant en su “Fundamentación a la metafísica de las costumbres”. Ciertamente, existe una diferencia decisiva: según Kant, uno no debe usarse a sí mismo ni a otro como un *mero* medio para lograr un fin: “actúa de tal manera que siempre trates a la humanidad, ya sea en tu persona o en la persona de cual-

99 Ibid.

100 KUMM, MATTIAS. Op. cit., p. 154 (énfasis en el original).

101 Ibid. (énfasis en el original).

102 Ibid. Kumm continúa: “Nadie puede ser forzado a ser un héroe y sacrificar su vida por los demás”. Si alguien es sacrificado en contra de su voluntad, es, sin embargo, una víctima y no un héroe. En este sentido, los dos escenarios no son diferentes. El hombre obeso sólo sería un héroe si ella misma tomara la decisión de saltar a las vías para salvar a los cinco. KANT, IMMANUEL. *Groundwork of the Metaphysic of Morals*. 1785, trad. al inglés. 1964, p. 96 (paginación estándar de la Academia 429) (se han omitido las anotaciones).

quier otro, nunca como mero medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin”.¹⁰³ El Tribunal Constitucional Federal alemán empleó la fórmula del “fin” en la interpretación de la dignidad humana, conforme al artículo 1 (1) de la Ley Fundamental, como un derecho absoluto *sensu stricto*¹⁰⁴. Esta fórmula es, sin embargo, sólo un elemento en una compleja interpretación de la dignidad humana, y diversos comentadores han notado que la fórmula, por sí misma, casi nunca es concluyente¹⁰⁵. Ciertamente, un análisis del uso de la fórmula de Kant en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobrepasa los límites de este ensayo. Basta decir que no puede decirse que la fórmula que Kant desarrolló en la filosofía moral sustente un derecho fundamental de naturaleza absoluta *sensu stricto*. Se podría decir, por ejemplo, que mientras se tengan debidamente en cuenta los intereses del individuo en la ponderación, éste no será utilizado como un *mero* medio para alcanzar un fin –incluso si se utiliza a este individuo en alguna forma como medio para alcanzar un fin–. Para concluir, no está nada claro que la idea de la prohibición de usar a otros como medios para lograr fines dé lugar a un límite absoluto a la ponderación.

IX. EL CASO GÄFGEN REVISADO

Para ilustrar la plausibilidad de la idea de la absolutez relativa, conviene regresar al caso *Gäfgen*. ¿Qué cambia si se compara este enfoque con la concepción tradicional de los derechos absolutos? De acuerdo con la interpretación tradicional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Gran Cámara enfatiza la naturaleza absoluta del artículo 3 del CEDH y excluye explícitamente cualquier “ponderación de intereses”¹⁰⁶. Sin embargo, si se aplica proporcionalidad, ¿cambia el resultado? ¿Ella justificaría el trato al que fue sometido Gäfgen? Es plausible asumir que el tratamiento al que fue sometido *Gäfgen* representa una interferencia en el artículo 3 del CEDH. *Gäfgen* estaba en custodia policial y esposado, lo cual representa “una situación de vulnerabilidad y limitación particular”.¹⁰⁷ Estando en esta situación, fue amenazado con ser sometido a un dolor insoportable en caso negarse a revelar el paradero del niño perdido. Según la Gran Cámara, “debe considerarse que las amenazas reales e inmediatas de maltrato, deliberado e inminente, que fueron proferidas en contra del demandante a lo largo de su interrogatorio, le causaron un miedo, una angustia y sufrimiento mental considerables”¹⁰⁸. No cabe duda de que esto

103 Ibid.

104 Cfr. TEIFKE, NILS. *Das Prinzip Menschenwürde*. 2011, pp. 9-15 con referencias de la jurisprudencia.

105 Cfr. en particular DREIER, HORST. Op. cit., pp. 167-168.

106 TEDH, *Gäfgen v. Germany* (nota 31), par. 107.

107 Ibid., par. 95.

108 Ibid., par. 103.

constituye una interferencia muy severa en su derecho a no ser sometido a tal tratamiento¹⁰⁹. El oficial de policía responsable, Daschner, perseguía el fin de salvar la vida del niño desaparecido. En principio, el derecho a la vida del niño, artículo 2 del CEDH, sirve como una razón limitadora. Este es un fin legítimo. Los problemas en el análisis de proporcionalidad empiezan a surgir ya a nivel del test de idoneidad, pues hay que tener reservas sobre la confiabilidad de las confesiones extraídas con ayuda de tortura o tratamientos inhumanos. Además, a nivel del test de necesidad surge la cuestión de si existe un medio menos restrictivo a disposición. Podemos asumir, sin embargo, que el tratamiento favorece el fin por los menos en alguna medida y que no había ningún curso de acción alternativo disponible que hubiera sido comparativamente eficaz. Llegado a este punto, la ponderación es decisiva. La interferencia o afectación en el derecho de Gäfgen a no ser sometido a tratamientos inhumanos conforme al artículo 3 del CEDH era muy severa, y los efectos negativos eran absolutamente seguros. La presunción en contra de tal interferencia puede ser refutada si se le oponen razones limitadoras extraordinarias. En términos sustantivos, la vida de un niño es de inestimable valor. Sin embargo, no era seguro que torturar a Gäfgen salvaría la vida del niño. Los agentes de policía no podían estar absolutamente seguros si ellos tenían “al hombre correcto” bajo custodia. Ellos no podían estar seguros de que Gäfgen supiera dónde estaba escondido el niño, y tampoco podían saber si el niño seguía con vida. Tomando todas estas inseguridades empíricas en conjunto, el accionar de Daschner se muestra como un acto desesperado antes que un acto de reflexión en base a una sólida base empírica. Esto inclina la balanza en favor de Gäfgen y su derecho conforme al artículo 3 del CEDH. Esto puede generalizarse de la siguiente manera: cuando compiten dos intereses sustantivos particularmente importantes –tales como el interés en la vida y el interés en no ser sometido a tortura, o tratos inhumanos y degradantes–, la certeza de las premisas empíricas decide el resultado. Debido a que los efectos negativos de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes son absolutamente seguros, es difícil imaginar que el artículo 3 del CEDH sea superado en todo momento.

X. DESVINCULANDO PROPORCIONALIDAD Y LIMITACIÓN

Por último, surge la cuestión sobre si desvincular o separar a la proporcionalidad de la idea de limitación podría servir como una solución intermedia entre derechos absolutos y relativos. Se ha mencionado que, cuando se aplican derechos paradigmáticamente limitables, el análisis de proporcionalidad se realiza a nivel de la justificación de la interferencia, es decir, a fin de determinar si un derecho ha sido limitado.¹¹⁰ Sin embargo, es posible pensar en

109 Ibid., par. 108.

110 Cfr. *supra*, II.

utilizar la proporcionalidad en otros niveles del antes mencionado esquema de evaluación de reivindicaciones basadas en derechos fundamentales, como criterio para determinar si existe una interferencia en el derecho en primer lugar. ¿Esto da lugar a un derecho absoluto –por ser ilimitable– que puede ser objeto de un análisis de proporcionalidad? La respuesta a esto es está en negativo. La única diferencia aquí es que la limitación está oculta.

El desacoplar o separar proporcionalidad y limitación puede ser más que una construcción meramente teórica. Ello puede ser ilustrado recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Federal alemán. Las características estructurales de tal enfoque serán entonces analizadas usando como ejemplo a la reconstrucción de Robert Alexy de la dignidad humana en el artículo 1 (1) de la Ley Fundamental.

A. La “relatividad” del artículo 3 del CEDH en la jurisprudencia del TEDH

Ya se ha mencionado que la determinación del ámbito de protección de los derechos absolutos *sensu stricto* lleva toda la carga de su evaluación, y que hay una tendencia hacia un ámbito de protección estrecho.¹¹¹ No debe sorprender entonces que sólo graves maltratos a personas pueden constituir una interferencia en el artículo 3 del CEDH. En el caso de *Ireland v. United Kingdom*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos caracterizó al umbral de severidad como “relativo”: “[L]a evaluación de este mínimo es, en la naturaleza de las cosas, relativo; depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima, etc.”¹¹² El Tribunal ha repetido esta fórmula en numerosas decisiones desde entonces¹¹³. En el contexto de la dicotomía entre “absoluto” y “relativo”, se sugiere que la expresión “relativo” sea leída como referida a un ejercicio de ponderación. Esto parece confirmarse en el caso *Soering*, donde el Tribunal declaró: “aquello que equivalga a un ‘tratamiento o pena inhumana o degradante’ dependerá de todas las circunstancias del caso”, refiriéndose al pasaje de la sentencia en el que

111 Cfr. *supra*, IV.C.

112 TEDH, *Ireland v. United Kingdom*, decisión del 18 de enero de 1978, Appl. n.º 5310/71, par. 162 (énfasis añadido).

113 Cfr. en particular *id.*, *Tyrer v. United Kingdom*, decisión del 25 abril de 1978, Appl. n.º 5856/72, par. 30; *id.*, *Soering v. United Kingdom*, decisión del 7 julio de 1989, Appl. n.º 14038/88, par. 100; *id.*, *Selçuk and Asker v. Turkey*, decisión del 24 abril de 1998, Appl. Nos. 23184/94 y 23185/94, par. 76; *id.*, *Tekin v. Turkey*, decisión del 9 junio de 1998, Appl. n.º 22496/93, par. 52, *id.*, *Selmouni v. France*, decisión del 28 julio de 1999, Appl. n.º 25803/94, par. 100; *id.*, *Keenan v. United Kingdom*, decisión del 3 abril de 2001, Appl. n.º 27229/95, par. 109; *id.*, *Valašinas v. Lithuania*, decisión del 24 julio de 2001, Appl. n.º 44558/98, par. 101; *id.*, *Koktysh v. Ukraine*, decisión del 10 diciembre de 2009, Appl. n.º 43707/07, par. 88; *id.*, *Gladović v. Croatia*, decisión del 10 mayo de 2011, Appl. n.º 28847/08, par. 34.

se utiliza la “fórmula de la relatividad”¹¹⁴. El Tribunal continúa: “Además, es inherente para la totalidad del Convenio la búsqueda de un balance equitativo entre las demandas del interés general de la comunidad y las exigencias de protección de los derechos fundamentales de los individuos”¹¹⁵. Contrario a esto, el Tribunal afirmó posteriormente, en el caso *Chahal*, que

No debería inferirse de las consideraciones del Tribunal respecto al riesgo de socavar los fundamentos de la extradición, tal y como figura en el parágrafo 89 de [*Soering*], que existe algún espacio para ponderar los riesgos de maltrato con las razones para la expulsión, a fin de determinar si el Estado tiene alguna responsabilidad en virtud del artículo 3¹¹⁶.

Esto fue reforzado en el caso *Saadi*, donde el “argumento basado en la ponderación del riesgo de daño en caso la persona sea devuelta y los peligros que él o ella representa para la comunidad si no es devuelta” se considera como “totalmente erróneo”¹¹⁷. Es más, se puede leer en *Gäfgen*: “la base filosófica que subyace la naturaleza absoluta del derecho contenido en el artículo 3 no permite ningún tipo de excepciones, factores justificantes o ponderación de intereses”¹¹⁸. Los comentaristas están divididos. Mientras que la “relatividad” del ámbito de protección ha sido entendida como una referencia a la ponderación¹¹⁹, otros han objetado esta lectura¹²⁰.

Ciertamente, un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal sobrepasa los límites de este ensayo. Basta decir que las dos siguientes reconstrucciones son pertinentes: (1) El Tribunal emplea la ponderación conforme a los postulados de la doctrina de la proporcionalidad para determinar si existe una interferencia en el artículo 3 del CEDH. Esto quiere decir que la severidad requerida depende del peso de los derechos o intereses en conflicto. En este caso, el artículo 3 CEDH es absoluto, en el sentido de que el derecho no puede limitarse expresamente; sin embargo, es relativo en el sentido de que el análisis de proporcionalidad forma parte de la evaluación de la reivindicación del derecho. (2) El Tribunal no emplea la ponderación conforme a los postulados de la doctrina de la proporcionalidad en la aplicación del artículo 3 del CEDH, ni como un criterio para la limitación de un derecho ni en la determinación de si existe una interferencia en el mismo. El artículo 3 del CEDH es absoluto en

114 *Id.*, *Soering v. United Kingdom* (nota 113), par. 89.

115 *Ibid.*

116 *Id.*, *Chahal v. The United Kingdom* (nota 29), par. 81.

117 *Id.*, *Saadi v. Italy*, decisión del 28 de febrero de 2008, Appl. n.º 37201/06 (2009), par. 139.

118 *Id.*, *Gäfgen v. Germany* (nota 31), par. 107.

119 Cfr., por ejemplo, MCBRIDE, JEREMY. Op. cit., p. 28. Cfr. también BANK, ROLAND. Das Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, en: GROTE, RAINER, MARAUHN, THILO (eds.), EMRK/GG Konkordanzkommentar 2006, p. 479, pp. 529-532.

120 Cfr., p. ej., PALMER, STEPHANIE. Op. cit., p. 439; HARRIS, DAVID *et al.* Op. cit., p. 111.

todos los sentidos; ni es posible su limitación ni es posible aplicarle proporcionalidad. La fórmula de la “relatividad”, como tal, permite ambas lecturas. Cuál de estas reconstrucciones será la correcta, dependerá de cómo se aplique esta fórmula. El caso *Soering* apunta en la dirección de la reconstrucción (1), mientras que el caso *Chahal* apunta en la dirección de la reconstrucción (2). La formulación ofrecida por el Tribunal en el caso *Gäfgen* no es del todo conclusiva. Puede ser leída como una decisión que excluye completamente a la ponderación. También puede ser leída como una decisión que excluye la ponderación de intereses en el sentido de proporcionalidad como criterio para la justificación de una interferencia, dado que la expresión “ponderación de intereses” es mencionada en el contexto de “excepción” y “factores justificantes”¹²¹. Según la última lectura, sí sigue siendo posible emplear a la proporcionalidad como un criterio para determinar si existe una interferencia. Ciertamente, no es posible sostener que el Tribunal pondera la severidad de la interferencia con los derechos e intereses contrapuestos, si el propio Tribunal enfatiza en el caso *Chahal* que no lo hace. Es, en todo caso, difícil de imaginar que el Tribunal sea indiferente a los derechos e intereses contrapuestos al momento de efectuar la evaluación de las reivindicaciones basadas en el artículo 3 del CEDH, y esto apunta en algún sentido hacia la reconstrucción (1).

Curiosamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la “naturaleza absoluta” de la dignidad humana también está dividida. Existen dos líneas de decisión diferentes: aquellas en las cuales la naturaleza absoluta es enfatizada y el análisis de proporcionalidad es explícitamente descartado, y aquellas líneas en las que pueden identificarse estructuras de ponderación en la justificación del resultado¹²². La visión ortodoxa de la dignidad humana como un derecho absoluto *sensu stricto* está perdiendo respaldo entre los comentaristas, y la idea de una ponderación en la evaluación de las reivindicaciones basadas en este derecho está en avanzada¹²³.

B. El modelo de Alexy sobre la estructura de la dignidad humana - Análisis de proporcionalidad implícito

Robert Alexy, en un intento de reconciliar lo absoluto y lo relativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, distingue entre dos elementos de la dignidad humana: la “dignidad humana como principio” y la

121 TEDH, *Gäfgen v. Germany* (nota 31), par. 107.

122 Ver, para más referencias, BOROWSKI, MARTIN. Op. cit., pp. 273-278; TEIFKE, NILS. Op. cit., pp. 15-32; BALDUS, MANFRED. Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese, Archiv des öffentlichen Rechts 136. 2011, p. 529, pp. 536-540.

123 Un reciente artículo en un influyente Comentario a la Ley Fundamental da cuenta de este avance: HERDEGEN, MATTHIAS. Op. cit., pp. 32-36. Cfr. también BALDUS, MANFRED. Op. cit., pp. 548-550 con mayores referencias.

“dignidad humana como regla”¹²⁴. Él enfatiza “la textura semántica abierta del concepto de dignidad humana”¹²⁵. La dignidad humana como regla establece la protección definitiva que otorga el artículo 1 (1) de la Ley Fundamental en el caso concreto. La dignidad humana como principio da sustento a la dignidad humana como regla, y el principio es ponderado con los derechos e intereses contrapuestos. La regla es el resultado de la siguiente ponderación: “la relación de preferencia entre la dignidad humana como principio y otros principios en competencia determina el contenido de la dignidad humana como regla”¹²⁶. Según la teoría de los principios de Alexy, la aplicación de los principios requiere necesariamente de un análisis de proporcionalidad: “la naturaleza de los principios implica al análisis de proporcionalidad”¹²⁷. La ventaja de su reconstrucción, concluye Alexy, consiste en que “por un lado no se requiere incorporar cláusulas limitadoras dentro de la norma de la dignidad humana en la Constitución, pero que por otro lado, la dignidad humana puede seguir siendo ponderada con otros principios constitucionales”¹²⁸. En resumen, se puede tener un análisis de proporcionalidad sin limitaciones.

Este modelo de análisis de proporcionalidad implícita para la evaluación de las reivindicaciones que invoquen a la dignidad humana convierte, en cierto sentido, al artículo 1 (1) de la Ley Fundamental en absoluto –en el sentido en que una vez se establezca la dignidad humana como regla, no será posible ninguna excepción, justificación o ponderación–. Sin embargo, presupone que la dignidad humana es relativa, en la medida en que la dignidad humana como principio es ponderada conforme a los postulados de la proporcionalidad. Si Alexy considera que el análisis de proporcionalidad implícito es “ventajoso”, surge la siguiente pregunta: ¿por qué debería ser sólo ventajoso para la dignidad humana y no para todos los demás derechos constitucionales? Volviendo al ejemplo de John¹²⁹, ejemplo presentado al inicio de este ensayo, a quien se le prohibió asistir a los servicios religiosos debido a una inminente pandemia: cabe preguntarse si es necesario distinguir entre un principio de libertad religiosa y una regla de libertad religiosa, siendo esta última de naturaleza absoluta. El principio de libertad religiosa requiere ser ponderado con los principios que se le contrapongan en las circunstancias del caso concreto –salud pública en el caso de John–. La salud pública desplaza a la libertad religiosa, de manera que John no tiene un derecho definitivo para asistir a los servicios religiosos. ¿En qué se diferencia esta reconstrucción, basada en

124 ALEXY, ROBERT. Op. cit., pp. 62-64.

125 Ibid., p. 64, pie de página 69.

126 Ibid., p. 64.

127 Ibid., p. 66.

128 Ibid., p. 64, pie de página 69.

129 Cfr. *supra*, II.

un análisis de proporcionalidad implícito, de la reconstrucción basada en el modelo estándar de derechos limitables?¹³⁰

Es crucial entender que la aplicación de la proporcionalidad a los derechos es precisamente la misma en ambos casos. Un derecho *prima facie* (el principio) es ponderado con los derechos e intereses que se le contraponen, y el resultado de la ponderación es un derecho definitivo. La única diferencia es que el modelo estándar de derechos limitables se enfoca en el derecho *prima facie* y en la justificación de las interferencias, mientras que la reconstrucción de Alexy de la dignidad humana, que contiene un análisis de proporcionalidad implícito, tiene al derecho definitivo en el centro. Se podría decir que, si los jueces siguieran el modelo de la dignidad humana planteado por Alexy, sería menos obvio que están haciendo una ponderación conforme la doctrina del análisis de proporcionalidad. Para expresarlo de manera más directa: ¿es ventajoso ocultar el hecho que el análisis de proporcionalidad tiene lugar en la evaluación de las reivindicaciones basadas en derechos? Teniendo en consideración que una de las ventajas cruciales de la ponderación conforme la doctrina del análisis de proporcionalidad consiste en que ella arroja luz sobre las premisas relevantes al caso y particularmente sobre la justificación del peso de los principios contrapuestos¹³¹, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa.

Un aspecto adicional que no debe olvidarse es la cuestión de los criterios formales tales como “prescrito por ley”. No hay criterio formal alguno en el modelo de proporcionalidad implícita planteado por Alexy para la dignidad humana. Esto equivale a decir que ni el ejecutivo ni el judicial requieren estar previamente autorizados por ley parlamentaria para considerar que el principio de dignidad humana está siendo desplazado en un caso concreto. Si derechos paradigmáticamente limitables, por ejemplo, los artículos 8 al 11 del CEDH, requieren tal autorización previa, ¿por qué no lo requerirían también los “derechos absolutos” como la dignidad humana o el artículo 3 del CEDH, los cuales se caracterizan por tener un peso abstracto significativamente mayor? Esto es, si uno sigue el modelo planteado por Alexy, el criterio “prescrito por ley” habría de ser identificable en dicho modelo. Si se hiciera esto, sin embargo, los paralelismos estructurales entre el modelo estándar de derechos limitables y el modelo planteado por Alexy se hacen aún más evidentes.

Para concluir, desvincular o separar proporcionalidad y limitación no da lugar a un nuevo modelo estructural para los derechos fundamentales. La principal diferencia, en comparación con el modelo estándar de derechos fundamentales, consiste en que la limitación de los derechos *prima facie* se oculta en lugar de reconocerse explícitamente. Dado que la transparencia de la ponderación y de los argumentos que la sustentan es una ventaja crucial

130 Sobre el modelo estándar cfr. *supra*, II.

131 Cfr. *supra*, II.

del análisis de proporcionalidad, el cambio de enfoque resultante a partir del análisis de proporcionalidad implícito es desafortunado.

XI. CONCLUSIÓN

¿Es la idea de un análisis de proporcionalidad en la aplicación de derechos absolutos tales como el artículo 3 del CEDH un “giro equivocado”? Hay buenas razones para poner en duda esta afirmación. De hecho, la mayoría de resultados que nosotros consideramos como correctos, pueden reconstruirse mejor mediante la ponderación. Y el papel de la certeza sobre las premisas empíricas en la ponderación explica por qué los escenarios hipotéticos o artificiales nos dicen muy poco sobre cómo decidir los casos reales.

BIBLIOGRAFÍA

- ADDO, MICHAEL K., GRIEF, NICHOLAS. Does Art. 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights? *European Journal of International Law* 9, 1998, p. 510, p. 513 *et passim*.
- ALEINIKOFF, T. ALEXANDER. Constitutional Law in the Age of Balancing, *Yale Law Journal* 96. 1986/1987, p. 943, pp. 948-972 *et passim*.
- ALEXY, ROBERT. A Theory of Constitutional Rights. 2002, pp. 66-69 *et passim*.
- ALEXY, ROBERT. On Balancing and Subsumption, *Ratio Juris* 16. 2003, p. 433, p. 439.
- ALEXY, ROBERT. The Weight Formula, en: STELMACH, JERZY, BROZEK, BARTOSZ., ZALUSKI, WOJCIECH (eds.), *Frontiers of Economic Analysis of Law: Studies in the Philosophy of Law*. vol. 3, 2007, p. 9.
- ALEXY, ROBERT. Thirteen Replies, en: PAVLAKOS, GEORGE (ed.) *Law, Rights, and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. 2007. p. 333, p. 342 y p. 345.
- BALDUS, MANFRED. Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese, *Archiv des öffentlichen Rechts* 136. 2011, p. 529, pp. 536-540.
- BANK, ROLAND. Das Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, en: GROTE, RAINER., MARAUHN, THILO (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar* 2006, p.479, pp. 529-532.
- BEATTY, DAVID M. *The Ultimate Rule of Law*. 2004.
- BOROWSKI, MARTIN. Grundrechte als Prinzipien. 2.^a ed., 2007, pp. 122-123.
- BOROWSKI, MARTIN. Limiting Clauses, *Legisprudence* 1. 2007, p. 197, pp. 217-219.
- BRUGGER, WINFRIED. Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, *Der Staat* 35, 1996, p. 67, pp. 93-95 *et passim*.
- BRUGGER, WINFRIED. May Government Ever Use Torture?, *American Journal of Comparative Law* 48. 2000, p. 661, p. 674.

- BRUGGER, WINFRIED. Torture, Philosophy & Public Affairs 7. 1978, p. 124, p. 141.
- BRUGGER, WINFRIED. Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, *Juristenzeitung* 55. 2000, p. 165, pp. 170-171.
- COHEN-ELIYA, MOSHE, PORAT, IDDO. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins, *International Journal of Constitutional Law* 8. 2010, p. 263, pp. 271-276 *et passim*.
- CRAIG, PAUL, DE BURCA, GRAINNE. EU Law. 5.^a ed. 2011, pp. 529-530 *et passim*.
- DREIER, HORST. Art. 1 1, en: id (ed.). Grundgesetz Kommentar vol. 1. 2.^a ed., 2004, p. 139, par. 133.
- DREIER, HORST. Comentario a la Ley Fundamental. Art. 1 1, en: id (ed.). Grundgesetz Kommentar vol. 1. 3.^a ed., 2013, p. 154, par. 133.
- DÜRIG, GÜNTER. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, *Archiv des öffentlichen Rechts* 81. 1956, p. 117, p. 146.
- FOOT, PHILIPPA. Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy. 1978, pp. 19-32, 23. El artículo apareció originalmente en: *Oxford Review* 2, 1967, p. 5 *et passim*.
- FORDHAM, MICHAEL., DE LA MARE, THOMAS. Identifying the Principles of Proportionality. En: JOWELL, JEFFREY., COOPER, JONATHAN (eds.), *Understanding Human Rights Principles*. 2001, pp. 27-28.
- GAETA, PAOLA. May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?, *Journal of International Criminal Justice* 2. 2004, p. 785, pp. 791-792.
- GERARDS, JANNEKE, SENDEN, HANNEKE. The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 7. 2009, p. 619.
- GREER, STEVEN. Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case, *Human Rights Law Review* 11. 2011, p. 67.
- HABERMAS, JÜRGEN. Between Facts and Norms. 1996, pp. 253-261.
- HARRIS, DAVID *et al.* Law of the European Convention on Human Rights. 2.^a ed. 2009, pp. 349-359 *et passim*.
- HERDEGEN, MATTHIAS. Art. 1 Abs. 1 GG, en: MAUNZ, THEODOR., DÜRIG, GÜNTHER (eds). Grundgesetz Kommentar, suplemento de hoja suelta. 2013, párrs. 46-51.
- HESSE, KONRAD. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20.^a ed., 1995, p. 28.
- JANIS, MARK, KAY, RICHARD, BRADLEY, ANTHONY. European Human Rights Law. 2.^a ed., 2000, pp. 213-217 *et passim*.
- JESSBERGER, FLORIAN. Good Torture, Bad Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany, *Journal of International Criminal Justice* 3. 2005, p. 1059, p. 1070.

- KANT, IMMANUEL. Groundwork of the Metaphysic of Morals. 1785, trad. al inglés. 1964, p. 96.
- KRÜGER, HERBERT. Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, Deutsches Verwaltungsblatt 65. 1950, pp. 625-628.
- KUMM, MATTIAS. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and the Limits of the Proportionality Requirement. En: PAVLAKOS, GEORGE (ed.). Law, Rights, and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. 2007. pp. 131-132 *et passim*.
- LERCHE, PETER. Übermaß und Verfassungsrecht. 1961, p. 350 *et passim*.
- MCBRIDE, JEREMY. Proportionality and the European Convention on Human Rights. En: ELLIS, EVELYN (ed.). The Principle of Proportionality in the Law of Europe. 1999, p. 23, p. 27.
- MÖLLER, KA. Balancing and the Structure of Constitutional Rights. International Journal of Constitutional Law 5. 2007, p. 453, pp. 459-461 *et passim*.
- PALMER, STEPHANIE. A Wrong Turning: Art. 3 ECHR and Proportionality. Cambridge Law Journal 65, 2006, p. 438 *et passim*.
- REMMERT, BARBARA. Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes. Heidelberg: 1995, p. 140 *et seq*.
- RIVERS, JULIAN. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. En: PAVLAKOS, GEORGE (ed.). Law, Rights, and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. 2007, p. 167.
- SCHLINK, BERNHARD. Abwägung im Verfassungsrecht. p. 1976, *et passim*.
- SCHLINK, BERNHARD. Grundrechte als Prinzipien?, Osaka University Law Review 39. 2009, pp. 41, 55.
- SHUE, HENRY. Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb, Case Western Reserve Journal of International Law. 2005-2006, pp. 231-237.
- STARCK, CHRISTIAN. Art. 1, par. 1. En: VON MANGOLDT, HERMANN., KLEIN, FRIEDRICH., STARCK, CHRISTIAN (eds.) Grundgesetz Kommentar. 6.^a ed., 2010, p. 25, p. 45, pp. 61-63 *et passim*.
- STERN, KLAUS. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. vol. III/2, 1994, p. 625 *et seq*.
- STERN, KLAUS. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. vol. IV/1, 2006, pp. 95-96.
- STONE SWEET, ALEC., MATHEWS, JUD. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. Columbia Journal of Transnational Law 47. 2008-2009, 72, pp. 112-160 *et passim*.
- TEIFKE, NILS. Das Prinzip Menschenwürde. 2011, pp. 9-15.
- TSAKYRAKIS, STAVROS. Proportionality: An Assault on Human Rights? International Journal of Constitutional Law 7. 2009, p. 468, pp. 490-493.
- WHITE, ROBIN., OVEY, CLARE. The European Convention on Human Rights. 5.^a ed. 2010, pp. 325-332 *et passim*.
- WITTECK, FABIAN. Menschenwürde und Folterverbot, Die Öffentliche Verwaltung 56. 2003, p. 873, pp. 879-892.

WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, ERNST. Grundrechte als Grundsatznormen. en: id (ed.), Staat, Verfassung, Demokratie. 2.^a ed., 1992, p. 159, p. 184.

WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, ERNST. Streit über Menschenwürde im Grundgesetz. Frankfurter Allgemeine Zeitung. 3 de septiembre de 2003, p. 33.

ZIPPELIUS, REINHOLD y WÜRTEMBERGER, THOMAS. Deutsches Staatsrecht. 32.^a ed., 2008.

Leyes

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). 23 de mayo de 1949, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1949, 1, enmendada el 11 de julio de 2012, BGBl. I, 1478.

Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), 11 de enero de 2005, BGBl. I, 78.

Decisiones judiciales

Tribunal Constitucional alemán

Tribunal Constitucional Federal Alemán, decisión del 15 de febrero de 2006, TFC, BVerfGE 115, 118. Traducción al inglés de la decisión está disponible en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_lbvr035705en.html

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ireland v. United Kingdom, decisión del 18 de enero de 1978, Appl. n.º 5310/71, par. 162.

Tyrer v. United Kingdom, decisión del 25 abril de 1978, Appl. n.º 5856/72.

Soering v. United Kingdom, decisión del 7 julio de 1989, Appl. n.º 14038/88.

Chahal v. The United Kingdom, decisión del 15 de noviembre de 1996, Appl. n.º 22414/93.

Selçuk and Asker v. Turkey, decisión del 24 abril de 1998, Appl. n.ºs 23184/94 y 23185/94.

Tekin v. Turkey, decisión del 9 junio de 1998, Appl. n.º 22496/93.

Selmouni v. France, decisión del 28 julio de 1999, Appl. n.º 25803/94.

Keenan v. United Kingdom, decisión del 3 abril de 2001, Appl. n.º 27229/95.

Valašinas v. Lithuania, decisión del 24 julio de 2001, Appl. n.º 44558/98.

Saadi v. Italy, decisión del 28 de febrero de 2008, Appl. n.º 37201/06.

Koktysh v. Ukraine, decisión del 10 diciembre de 2009, Appl. n.º 43707/07.

Gäfgen v. Germany, decisión del 1 de junio de 2010, Appl. n.º 22978/05, par. 107.

Gladović v. Croatia, decisión del 10 mayo de 2011, Appl. n.º 28847/08.

Normas internacionales

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, ETS n.º 5 (CEDH).

Protocolo n.º 1 al Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del 20 de marzo de 1952, ETS n.º 9.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 7 de diciembre del 2000, OJ 2000 C 364, 1 (CDFUE).